

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO COMPARATO, PRIVATO, PRO-
CESSUALE CIVILE E DELL'IMPRESA

XXXII CICLO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA
DEL DIRITTO

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA
CLASS ACTION WAIVER CLAUSE

IUS/02

Dottorando:
Dott. Adriano Curti

Tutor:
CHIARISSIMA PROF.SSA ROSSELLA ESTHER CERCHIA
Co-tutor:
CHIARISSIMO PROF. PIER FILIPPO GIACOMO GIUGGIOLI

Coordinatore del corso di dottorato:
CHIARISSIMA PROF.SSA MARIA TERESA CARINCI

A.A. 2019/2020

*Ai miei due amori
e in particolare
a pf
con la preghiera di non crescere
troppo in fretta*

He who seeks equity, must do equity

SOMMARIO

CAPITOLO I

Le azioni rappresentative nei sistemi di *common law*

1. Le origini delle azioni di classe nel sistema inglese.....	7
1.1 Gli albori della rappresentanza processuale	7
1.2 <i>Casistica delle azioni rappresentative</i>	12
1.3 <i>Principi del diritto inglese in materia di azioni rappresentative e vincolatività delle decisioni</i>	20
2. L'evoluzione della <i>class action</i> nel sistema americano	21
2.1 La teoria di Story	21
2.2 <i>Elaborazione giurisprudenziale: il caso Smith v. Smormstedt</i>	24
2.3 <i>Revisione delle Federal Equity Rules del 1912 e sviluppo giurisprudenziale successivo</i>	28
2.4 <i>La riforma delle Federal Rules of Civil Procedure del 1938</i>	30
3. Il sistema americano moderno.....	32
3.1 <i>La Federal Rule of Civil Procedure 23</i>	32
3.2 <i>La certification of the class</i>	39
3.3 <i>Rilevanza della class action</i>	43

* * *

CAPITOLO II

Arbitration agreement e class action waiver clause

1. Arbitration agreement e class action waiver clause	45
2. Clausola compromissoria e arbitrato di classe	47
2.1 <i>Il caso Keating v. Superior Court</i>	47
2.2 <i>Il caso Champ v. Siegel Trading Co.</i>	51
2.3. <i>Il caso Green Tree Financial Corp. v. Bazzle</i>	53
2.4 <i>Gli effetti della sentenza Bazzle</i>	55
2.5 <i>Il caso Stolt-Nielsen</i>	58
3. Class action waiver clause.....	63
3.1 <i>Il caso Laster v. T-Mobile USA, Inc.</i>	64
3.2 <i>Il giudizio di appello: Laster v. AT&T Mobility LLC</i>	70
3.3 <i>AT&T Mobility LLC v. Concepción: la sentenza reversed and remanded della Corte Suprema</i>	73

3.4 <i>Gli effetti della decisione Concepción: le ulteriori decisioni Italian Colors e Imburgia</i>	80
3.4.1 <i>Segue: la decisione Directv, Inc. v. Imburgia</i>	84
4. <i>Gli effetti dell'arbitration agreement e della class action waiver clause</i>	85

* * *

CAPITOLO III

L'azione di classe in Italia

1. Premessa.....	87
2. L'azione di classe consumeristica	94
2.1 <i>Forma ed ambito di applicazione dell'azione di classe</i>	98
2.2 <i>L'aderente</i>	99
2.3 <i>La certificazione della classe: il filtro di ammissibilità</i> ...	103
3. La nuova azione di classe introdotta nel Codice di procedura civile.....	106
3.1 <i> Oggetto del giudizio e soggetti legittimati all'azione</i>	114
3.2 <i>La certificazione dell'azione: il filtro di ammissibilità</i>	120
3.3 <i>La regolazione del diritto individuale del proponente e gli effetti della sentenza sulle pretese dei membri della classe aderenti</i>	125
3.4 <i>L'aderente e la procedura di adesione post-decisoria</i>	128
3.5 <i>La decisione sulle domande risarcitorie degli aderenti</i> ...	132
4. Conclusioni.	133

* * *

CAPITOLO IV

Contratti di consumo, clausole compromissorie e di deroga all'azione di classe

1. Premessa.....	135
2. Diritto dei consumatori.....	136
2.2 <i>La giurisprudenza in materia di clausole vessatorie</i>	145
3. La clausola compromissoria.....	147
3.1 <i>Clausola compromissoria e deroga alla giurisdizione ordinaria</i>	148
3.1.1 <i>Segue: la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria</i>	152
3.1.2 <i>Segue: Il valore delle trattative tra le parti ai fini della valutazione di vessatorietà della clausola</i>	159
3.1.3 <i>Segue: Proposte ricostruttive in tema di accertamento della vessatorietà della clausola arbitrale</i>	162

3.2	<i>Clausola compromissoria e azione di classe</i>	163
3.2.1	<i>Segue: arbitrato e tutela di classe</i>	163
3.3	<i>Deroga all'azione di classe e validità della clausola compromissoria</i>	169
4.	<i>La rinuncia all'azione di classe</i>	172
4.1	<i>La protezione del consumatore</i>	172
4.2	<i>La normativa generale</i>	174

CAPITOLO I

LE AZIONI RAPPRESENTATIVE NEI SISTEMI DI *COMMON LAW*

SOMMARIO: 1. Le origini dell'azione di classe nel sistema inglese. – 1.1 Gli albori della rappresentanza processuale. – 1.2 Le azioni rappresentative. – 1.3 La teoria della vincolatività della decisione nei confronti delle parti assenti. – 2. L'evoluzione della *class action* nel sistema americano. – 2.1 La teoria di Story. – 2.2 Elaborazione giurisprudenziale: il caso *Smith v. Smormstedt*. – 2.3 Revisione delle *Federal Equity Rules* del 1912 e sviluppo giurisprudenziale successivo. – 2.4 *La riforma delle Federal Rules of Civil Procedure del 1938* – 3. Il sistema americano moderno. – 3.1 *La Federal Rule of Civil Procedure 23*. – 3.2 La *certification* della *class action*. – 3.3 Rilevanza della *class action*

1. Le origini delle azioni di classe nel sistema inglese

1.1 Gli albori della rappresentanza processuale

Le azioni rappresentative di una classe hanno il loro antecedente storico nei sistemi di *common law* ⁽¹⁾.

¹ La bibliografia in tema di *class action* è vastissima. SIMON, *Class Actions: Useful Tool or Engine of Destruction*, 55 *F.R.D.* 375, 389 (1973); YEAZELL, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, 1987; COFFEE, *The Regulation of Entrepreneurial*

La dottrina di tali azioni si sviluppò in connessione con il principio della *Necessary Party Rule* stabilita nella *English Chancery Practice* del XVII e XVIII secolo.

La regola cristallizzata dalla prassi delle Corti di *Equity*, in buona sostanza, richiedeva che qualsiasi persona che avesse un interesse rispetto all'oggetto della causa, nella sua decisione ovvero nell'attuazione del rimedio pronunciato dalla Corte dovesse agire o essere convenuto in giudizio ⁽²⁾.

Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action, 54 *Univ. Chi. L. Rev.* 877 (1989); HAZARD – GEDID – SOWLE, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, 146 *U. Pa. L. Rev.* 1849 (1998); SHAPIRO, *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 *Notre Dame L. Rev.* 913, 923 (1998); KLONOFF – BILICH, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, St. Paul, 2000; COFFEE, *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 *Colum. L. Rev.*, 370 (2000); BRONSTEEN – FISS, *The Class Action Rule*, 78 *Notre Dame L. Rev.* 1419 (2004); NEWBERG – CONTE, *Newberg on Class Actions*, Colorado Springs, 2002; NAGAREDA, *Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action*, 115 *Har. L. Rev.* 747, 781-782 (2002); TULUMELLO, WHITBURN, *Res Judicata and Collateral Estoppel Issues In Class Litigation*, 68 *Colum. L. Rev.* 1457 (1968); SHERMAN, EDWARD F., *Class Actions and Duplicative Litigation*, *Indiana Law Journal*: Vol. 62: Iss. 3, Article 2 (1987); JOHN K. MORRIS, *Nonparties and Preclusion by Judgment: The Privity Rule Reconsidered*, 56 *Calif. L. Rev.* 1098 (1968); ROBERT G. BONE, *Walking the Class Action Maze: Toward a More Functional Rule* 23, 46 *U. Mich. J. L. Reform* 1097 (2013).

² *Knight v. Knight*, 3 P. Wms. 331, 334, 24 Eng. Rep. 1088, 1089 (Ch. 1733) che stabilisce che quando una causa testamentaria è avanzata contro un erede, l'esecutore testamentario deve essere parte del processo; *Dunstall v. Rabett*, Rep. T. Finch 242, 243, 23 Eng. Rep. 133, 134 (Ch. 1675) che stabilisce che in un'azione per recuperare un bene ereditario, la mancata convocazione in giudizio di tutti i beneficiari dell'eredità costituisce motivo di accoglimento dell'eccezione di improcedibilità; *Atwood v. Hawkins*, Rep. T. Finch 113, 113, 23 Eng. Rep. 62, 62 (Ch. 1673) che motiva il rigetto della causa per non aver l'attore chiamato in giudizio tutti gli eredi che, ipoteticamente, potrebbero essere titolari di altre azioni; *Weston v. Keighley*, Rep. T. Finch 82, 82, 23 Eng. Rep. 44, 44 (Ch. 1673) che stabilisce che nell'azione per la remissione nel possesso, il co-possessore deve essere necessariamente chiamato in giudizio; JOHN W. REED, *Compulsory Joinder of Parties in Civil Actions*, 55 *MICH. L. REV.* 327, 340-74 (1957). GEOFFREY C. HAZARD, Jr., *Indispensable Party: The Historical Origin of a Procedural Phantom*, 61 *COLUM. L. REV.* 1254, 1255-89 (1961).

La *ratio* di tale principio era ancorata ad una sfaccettatura di diverse esigenze connesse non solo al diritto di difesa, ma anche alla corretta amministrazione della giustizia. Scorrendo le *holdings* delle Corti di *Equity*, infatti, la ragione di tale norma consisteva nella necessità di regolare tutti i diritti facenti capo a tutti i soggetti interessati dall'oggetto del giudizio o dal “*relief*” di cui si chiedeva la concessione ⁽³⁾; nell'esigenza di evitare che intorno allo stesso oggetto del giudizio potessero sorgere una molteplicità di procedimenti ⁽⁴⁾ e che tale frammentazione potesse causare contrasti tali da pregiudicare l'attuazione della decisione ⁽⁵⁾; assicurare la “*enforceability*” della decisione resa, da intendersi vincolante e cogente esclusivamente fra coloro che fossero stati parti della causa ⁽⁶⁾.

Il principio della *Necessary Party Rule*, tuttavia, nel corso del tempo incominciò a subire deroghe ed eccezioni in considerazione delle specifiche esigenze emerse dal *case law*.

Differentemente rispetto a quanto ci si potrebbe aspettare nell'evoluzione della disciplina della *class action*, le prime forme di deroghe alla norma della *Necessary Party Rule* si rendevano necessarie al fine di limitare la partecipazione dei soggetti al processo, piuttosto che di favorire l'aggregazione.

Lo snodo è cruciale per quanto di interesse nella presente trattazione e, sul punto, si ritornerà anche in seguito: la teoria della *class action* nel sistema di *common law*, infatti, differentemente rispetto a quanto accade oggi nel sistema italiano ⁽⁷⁾,

³ *Knight*, 3 P. Wms. at 334, 24 Eng. Rep. at 1089 (“*The court of equity in all cases delights to do complete justice, and not by halves*”).

⁴ *Plunket v. Penson*, 2 Atk. 51, 51, 26 Eng. Rep. 428, 429 (Ch. 1740) che stabilisce: “[i]n bills of discovery you should make every person a party who is necessarily to be made so, that you may not multiply suits improperly”.

⁵ *Thompson v. Baskervill*, 3 Ch. Rep. 215, 215, 21 Eng. Rep. 770, 770 (Ch. 1688) che stabilisce che il primo creditore ipotecario deve essere chiamato in giudizio nella cuasa promossa dal secondo creditore ipotecario di secondo grado.

⁶ *Poore v. Clark*, 2 Atk. 515, 516, 26 Eng. Rep. 710, 710 (Ch. 1742); *Natchbolt v. Porter*, 2 Vem. 112, 114, 23 Eng. Rep. 682, 682 (Ch. 1689); *Woodcock v. Mayne*, 73 SELD. SOC'Y 314, 314 (Ch. 1676); *Carpenter v. Stallard*, 73 SELD. SOC'v 109, 109 (Ch. 1674); *Fell v. Brown*, 2 Bro. C.C. 275, 279, 29 Eng. Rep. 151, 153 (Ch. 1787).

⁷ v. *infra*, Cap. III.

non nasce come risposta all'esigenza di aggregare in un unico procedimento pretese simili facenti capo ad una classe di soggetti, piuttosto al fine di consentire la trattazione del diritto individuale facente capo al singolo senza la necessità che dovesse essere convenuta in giudizio l'intera classe di soggetti potenzialmente interessati al processo o alla sua decisione.

Ed infatti, come accennato, le deroghe alla *Necessary Party Rule* stabilite dalle Corti inglesi consistevano nell'autorizzazione concessa al *plaintiff* di procedere giudizialmente nei confronti di solo alcune, ma non tutte, le parti coinvolte dall'oggetto del giudizio. Tale deroga veniva concessa nei casi in cui convenire in giudizio tutte le parti interessate risultasse impossibile ("*impossible*") o estremamente gravoso ("*impossible as a practical matter - impracticable*")⁽⁸⁾: gli esempi affrontati dalle Corti inglesi sono sostanzialmente tipici e riguardano, fra gli altri, l'autorizzazione concessa al creditore di agire giudizialmente nei confronti di solo alcuni dei debitori solidali⁽⁹⁾ o dei soci⁽¹⁰⁾ o degli esecutori testamentari⁽¹¹⁾ nei casi in cui le parti non convenute in giudizio si fossero trovate al di fuori della giurisdizione oppure fossero fallite oppure la loro identità fosse sconosciuta o difficilmente conoscibile⁽¹²⁾. Tali

⁸ JOHN MITFORD (LORD REDESDALE), PLEADINGS IN CHANCERY 202 (New York, John S. Voorhies, 3d ed. 1833): "[W]here one general legal right is claimed against several distinct persons, a bill may be brought to establish the right".

⁹ *Quintine v. Yard*, 1 Eq. Ca. Abr. 74, 74, 21 Eng. Rep. 886, 886 (Ch. 1702) che stabilisce il rigetto dell'eccezione del convenuto che evidenziava la mancata convocazione in giudizio di due co-obbligati, considerate che questi erano al di fuori della giurisdizione del giudice.

¹⁰ *Darwent v. Walton*, 2 Atk. 510, 511, 26 Eng. Rep. 707, 708 (Ch. 1742) che stabilisce che nel caso di domanda presentata congiuntamente, se una delle parti attrici è al di fuori della giurisdizione, quella proponente è responsabile per l'intera domanda.

¹¹ *Cowslad v. Cely*, Prec. Ch. 83, 83, 24 Eng. Rep. 40, 40 (Ch. 1698) che stabilisce che la causa può proseguire anche contro solo uno degli esecutori testamentary quando l'altro non può essere convenuto in giudizio perché al di fuori della giurisdizione.

¹² *Bowyer v. Covert*, 1 Vern. 95, 95, 23 Eng. Rep. 337, 337 (Ch. 1682) con cui il Giudice rigettava l'eccezione del convenuto avendo accertato che non era nota l'identità dell'altro esecutore testamentario non convenuto in giudizio.

ipotesi, complessivamente, venivano riguardate dalla giurisprudenza come la “*Impossibility exception*”.

Presto, tuttavia, la “*Impossibility exception*” arrivò a coprire anche i casi in cui la “*impossibility as a practical matter*” derivava dalla “*numerousness*” dei soggetti coinvolti; in tali casi, il *Chancellor* poteva valutare, di volta in volta, l’opportunità che il giudizio proseguisse senza l’emissione di un “*joinder order of all interested parties*”⁽¹³⁾.

L’introduzione della “*Impossibility exception*”, pur risolvendo il problema procedurale della corretta formazione del contraddittorio, apriva la questione destinata ad occupare il centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinario del sistema inglese e del sistema americano in merito alla teoria della *class action*, ovvero la problematica della vincolatività della decisione resa nel giudizio in cui non tutte le parti interessate erano state coinvolte in virtù della deroga ammessa alla *Necessary Party Rule*.

La risposta delle Corti inglesi nelle decisioni rese fino a circa il 1780 è stata pragmatica: la deroga alla *Necessary Party Rule* veniva concessa solo laddove fosse “*impossible*” o “*impracticable*” convenire in giudizio una sola parte o, comunque, un numero molto esiguo di soggetti nei confronti dei quali la decisione non era “*unforceable*”⁽¹⁴⁾. La soluzione adottata, tuttavia, era evidentemente non il frutto di una elaborazione teorica, ritenendo quantitativamente modesto il sacrificio della *Necessary Party Rule* a condizione che i diritti dei soggetti rimasti esterni al processo non fossero comunque intaccati dalla decisione.

Tale soluzione pratica, tuttavia, mostrava rapidamente i propri limiti, in considerazione del sempre più crescente numero di casi in cui la deroga veniva invocata quale prassi giudiziale che andava radicandosi. La risposta delle Corti fu, dunque, teorica al fine di consentire una applicazione omogenea e non arbitraria delle regole del processo. In tale contesto, le Corti svilupparono la regola della *Indispensable Party Rule* in affiancamento alla

¹³ *Attorney Gen. v. Wyburgh*, 1 P. Wms. 599, 24 Eng. Rep. 534 (Ch. 1719); *Attorney Gen. v. Shelley*, 1 Salk. 163, 91 Eng. Rep. 151 (Ch. 1712), e *Attorney Gen. v. Jackson*, 11 Ves. 365, 32 Eng. Rep. 1128 (Ch. 1805).

¹⁴ *Hazard* id. at 1257-62.

Necessary Party Rule ⁽¹⁵⁾. La prima non ammetteva deroghe e prevedeva che laddove una decisione avesse dovuto essere eseguita nei confronti di una parte assente, tale parte doveva necessariamente essere convocata in giudizio: “*one is not bound by a judgement ... in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process*” ⁽¹⁶⁾. L'accertamento cruciale richiesto al giudice per determinare se un caso avesse potuto procedere nell'assenza di alcune delle parti – ossia se si versasse in un caso di applicazione della *Necessary Party Rule* ovvero della *Indispensable Party Rule* – consisteva in una valutazione *ex post* degli effetti della decisione, ovvero se questa fosse destinata ad essere eseguita anche nei confronti delle parti assenti al processo. In caso di risposta affermativa, dunque, la corte emetteva un *joinder order* che imponeva al *plaintiff* di convenire in giudizio tutte le parti interessate indispensabili al processo. In caso di risposta negativa, il giudizio poteva procedere anche in assenza della parte interessata (ma non *indispensable*) che, tuttavia, era virtualmente presente al processo in quanto da intendersi rappresentata dagli altri convenuti che versavano in condizione analoga ed omogenea. Sotto tale forma, nasce, dunque, la prima teoria delle azioni giudiziali rappresentative delle parti assenti.

È da segnalare, da ultimo, che, quanto alla vincolatività della sentenza, in entrambi i casi di applicazione sia della *Necessary Party Rule* sia della *Indispensable Party Rule* la decisione era da intendersi vincolante nei soli confronti delle parti effettivamente presenti al processo.

1.2 Casistica delle azioni rappresentative

La giurisprudenza delle Corti di Equity inglesi restituisce una casistica definita dei tipi di azioni ove ha trovato applicazione il principio della *Necessary Party Rule* con conseguente sviluppo della teoria dell'azione rappresentativa delle parti as-

¹⁵ *Id.* at 1259-60.

¹⁶ *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755, 761 (1989) che ribadisce la decisione resa nel caso *Hansberry v. Lee*: “*one is not bound by a judgment ... in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process*”.

senti, in un primo anelito giuridico verso lo sviluppo della teoria della *class action*.

Tali azioni, in particolare, riguardavano i casi di “*Bill of Peace*”, dei “*Creditor and Legatee Bill*” e delle “*Unincorporated Associations*”.

a. Bill of Peace

La richiesta di emissione di “*Bill of Peace*”⁽¹⁷⁾ coinvolgeva prevalentemente gruppi sociali pre-esistenti⁽¹⁸⁾ aventi interesse o attività comune e riguardavano, per lo più, l'imposizione di tasse, oneri o benefici comuni ad una pluralità di parti e potrebbero, oggi, essere assimilabili alle azioni nei confronti di amministrazioni pubbliche o altri enti assimilabili. Nel caso in cui la Corte avesse ammesso la trattazione del caso come “*Bill of Peace*”, il *plaintiff* era ammesso a portare avanti il giudizio senza la necessità di convenire in causa tutte le parti interessate, ovvero, i soggetti che versavano in posizione analoga alla sua. La decisione favorevole resa all'esito dei *Bill of Peace cases* poteva estendere i propri effetti nei confronti di tutti i soggetti assenti al giudizio che potevano beneficiare della positiva regolazione del diritto in contesa⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾. Lo sviluppo giurisprudenziale

¹⁷ *Murphy v. Wilmington*, 6 Houst. (Del.) 108. 22 Am. St. Rep. 345; *Eldridge v. Hill*, 2 Johns. Ch. (X. Y.) 281; *Randolph v. Kinney*, 3 Hand. (Va.) 395.

¹⁸ Preesistenti da intendersi come formazioni sociali antecedenti all'insorgere del giudizio per l'emissione del “*bill of peace*”. In altre parole, il gruppo sociale o la “classe” (in senso a-tecnico) non erano create o delineate nell'ambito del giudizio e per effetto del giudizio medesimo, bensì autonomamente formate ed esistenti indipendentemente dall'azione introdotta per l'emissione del “*bill of peace*”.

¹⁹ *Brown v. Vermuden*: il caso presentava il seguente scenario: il vicario di una parrocchia inizialmente aveva fatto causa per stabilire un diritto a una decima da tutte le operazioni minerarie nella sua parrocchia, essendo la decima essenzialmente una tassa fondiaria per sostenere la chiesa parrocchiale. I minatori della parrocchia nominarono quattro rappresentanti per difendere la causa e alla fine fu emanato un decreto a favore del vicario. Brown in seguito successe al vicariato e alcuni anni dopo cercò di far rispettare il decreto contro Vermuden, un altro minatore; il vicario Brown ha cercato di raccogliere una decima successivamente maturata sulla base della decisione della prima causa. Vermuden ha difeso il fatto di non essere stato parte dell'azione precedente. Il tribunale ha ritenuto

ziale all'interno di tali casi, tuttavia, non è giunto ad elaborare una vera teoria dell'azione di classe rappresentativa né, come meglio vedremo *infra*, sulla vincolatività della decisione nei confronti degli assenti.

b. Creditor and Legatee Bills

I casi di “*Creditor and Legatee Bills*” avevano, invece, ad oggetto gruppi di creditori che agivano nei confronti di un debitore comune o di legatari nei confronti di una eredità ⁽²¹⁾. Tali azioni, introdotte per iniziativa di anche solo un creditore o legatario, comportavano l'amministrazione giudiziale dei beni del

che Vermuden fosse obbligato a pagare la decima sulla base del decreto precedente, affermando che altrimenti le cause sarebbero state “*infinite, and impossible to be ended*”.

Allo stesso modo, *How v. Tenants of Bromsgrove* ha affermato l'uso di un *bill of peace* per prevenire una molteplicità di cause in una disputa tra un signore e i suoi inquilini sui diritti di caccia in terre manoriali. Questo potrebbe essere considerato come un caso di associazione, gli inquilini hanno ovviamente un'identità di gruppo preesistente o come un caso che coinvolge singole rivendicazioni parallele di proprietà; vale a dire un tipo di caso di “*common question*”.

In *City of London v. Perkins*, il sindaco di Londra ha presentato un *bill* contro un importatore per riscuotere un'imposta doganale sul formaggio. Rivendicando un'esenzione come libero professionista, l'imputato ha rifiutato di pagare il dazio. Si sostenne senza molte spiegazioni che il convenuto era vincolato dalla decisione in due casi precedenti che riguardavano la stessa questione nei confronti di imputati con sede simile.

²⁰ *v. Pawlet v. Bishop of Lincoln*, 2 Atk. 296, 296, 26 Eng. Rep. 581, 581 (Ch. 1742) che afferma “*allowing joinder of parties is desirable and necessary*”.

v. Poore v. Clark, 2 Atk. 515, 515-16, 26 Eng. Rep. 710, 710 (Ch. 1742) che afferma: “*if you draw the jurisdiction out of a court of law, you must have all persons parties before this court, who will be necessary to make the determination complete, and to quiet the question*”.

²¹ Esempi di *creditor bill cases*: *Weld v. Bonham*, 2 S. & S. 91, 57 Eng. Rep. 280 (Ch. 1824); *Leigh v. Thomas*, 2 Ves. Sen. 312, 28 Eng. Rep. 201 (Ch. 1751); *Manning v. Thesiger*, 1 S. & S. 106, 57 Eng. Rep. 43 (Ch. 1822); *Craker v. Parrott*, 2 Ch. Cas. 228, 22 Eng. Rep. 921 (Ch. 1677); *Peacock v. Monk*, 1 Ves. Sen. 127, 131-33, 27 Eng. Rep. 934, 937-38 (Ch. 1748); *Humphreys v. Humphreys*, 3 P. Wms. 349, 350, 24 Eng. Rep. 1096, 1096-97 (Ch. 1734).

debitore o dell'eredità ("*Administration of Estate*" o "*Administration of Assets*") al fine di soddisfare tutti i creditori mediante una procedura concorsuale gestita da parte di un "*Master*" nominato con un *decree* dalla Corte.

Il *Master* aveva, dunque, l'incarico di svolgere l'inventario degli *asset* del debitore, fornire assistenza a coloro che si reputavano creditori o legatari e pagare coloro che dimostravano la fondatezza delle loro domande. Inoltre, compito fondamentale del *Master* era quello di fare l'inventario dei creditori e legatari assenti che, a suo giudizio, avessero un "*valid claim*".

Dopo l'emissione dell'*appointment decree* del *Master*, nessuna azione creditoria individuale poteva essere intrapresa nei confronti del debitore comune ⁽²²⁾.

All'esito dell'incarico, il *Master* rimetteva il rendiconto al *Chancellor* perché emettesse il "*final decree*" con cui rendeva definitivo l'operato dell'amministratore e cristallizzava giudizialmente l'accertamento eseguito con il rendiconto ⁽²³⁾.

L'ammissione di un "*Creditor and Legatee Bill*", dunque, comportava l'assegnazione giudiziale di diritti creditori anche nei confronti di soggetti che non erano stati parti dell'azione ⁽²⁴⁾. La giustificazione di tale forma di azione rappresentativa

²² v. *Curre v. Bowyer*, 3 Madd. 456, 456, 56 Eng. Rep. 572, 572 (V.C. 1818); *Brooks v. Reynolds*, 1 Bro. C.C. 183, 185, 28 Eng. Rep. 1070, 1072. See Rigby, 4 Bro. C.C. at 63, 29 Eng. Rep. at 780 che dispone un *overruling* di un demurrer (istanza per il rigetto dell'azione per mancata convocazione di tutte le parti necessarie) in una seconda causa in quanto "*the creditors must be content to come in under a decree [made in the initial] cause*"; v. *Rush v. Higgs*, 4 Ves. Jun. at 643, 31 Eng. Rep. at 331 che afferma "*I cannot stop a creditor at law, unless there is a decree, under which he can go in*"; *Craker v. Parrott*, 2 Chan. Cas. 228, 230, 22 Eng. Rep. 921, 922 (Ch. 1677).

²³ v. *David v. Frowd*, 1 My. & K. 200, 208-11, 39 Eng. Rep. 657, 660-61 (M.R. 1833); *Gillespie v. Alexander*, 3 Russ. 130, 136-37, 38 Eng. Rep. 525, 528 (Ch. 1827); *Brooks v. Reynolds*, Dick. 603, 603, 21 Eng. Rep. 406, 406 (Ch. 1782); *Douglas v. Clay*, Dick. 393, 393-94, 21 Eng. Rep. 322, 322 (Ch. 1767).

²⁴ v. *Cune v. Bowyer*, 3 Madd. 456, 456, 56 Eng. Rep. 572, 572 (V.C. 1818) che stabilisce come il tentativo del creditore di procedere "at law" contro un decreto dell'esecutore sia un affronto alla corte.; *Farrell v. Smith*, 2 Bali & Beatty 337, 342 (Ir. H. Ct. 1813): "*Where this Court has taken the Management of Assets from the Executor into its own hands, it*

veniva data sia in ragione di evitare le difficoltà create dalla *Necessary Party Rule* ⁽²⁵⁾ sia dall'irragionevolezza di gravare il debitore ed il sistema di multiple azioni aventi ad oggetto il sostanziale medesimo discernimento che avrebbe richiesto molti anni per giungere a conclusione ⁽²⁶⁾ sia dalla necessità di assicurare quella che oggi chiameremmo la *par condicio creditorum* ⁽²⁷⁾.

La peculiarità di tali azioni rappresentative e che costituisce un modello differenziale rispetto al "*Bill of Peace*" nell'ottica della dottrina dell'azione di classe sta nel fatto sia che le corti ritenevano che l'assente fosse vincolato dalla decisione giudizialmente resa in sua assenza ⁽²⁸⁾ sia che i soggetti rappresentati non facevano parte di un gruppo o formazione sociale preesistente, ma l'individuazione della "classe" avveniva attraverso il giudizio che delineava i soggetti aventi il medesimo "*claim*"

will not permit him to be charged, for what has been done in pursuance of its Directions".

²⁵ v. *WELD*, 2 S. & S. at 193, 57 Eng. Rep. at 281: "[T]he parties are much too numerous to make it practicable to prosecute a suit, if they are all made parties"; *MANNING* 1 S. & S. at 106, 57 Eng. Rep. at 43 che afferma che laddove un *bill* sia richiesto da numerosissimi attori, la corte può derogare alla norma che prevede che tutti siano nominate parti del processo; *Lloyd v. Loaring*, 1 Ves. Jun. Sup. 656, 657, 34 Eng. Rep. 966, 966 (Ch. 1802).

²⁶ *Law v. Rigby*, 4 Bro. C.C. 60, 63, 29 Eng. Rep. 779, 780 (Ch. 1792): "*It certainly would not be right to load the estate with the expence of two causes*"; *Pott v. Gallini*, 1 S. & S. 206, 209-10, 57 Eng. Rep. 83, 84 (V.C. 1823).

²⁷ v. *Brooks v. Reynolds*, 1 Bro. C.C. 183, 184, 28 Eng. Rep. 1070, 1071 (Ch. 1782) che stabilisce che ritenere che la causa di un creditore nei confronti di un esecutore vincoli gli altri creditori in modo tale che ai creditori citati in giudizio in seguito alla causa originaria verrà impedito di fare causa; *Martin v. Martin*, 1 Ves. Sen. 211, 27 Eng. Rep. 988 (Ch. 1748-49); *Attorney Gen. v. Comthwaite*, 2 Cox 44, 45, 30 Eng. Rep. 21, 21 (Ch. 1788); *Bedford v. Leigh*, Dick. 707, 708, 21 Eng. Rep. 446, 446-47 (Ch. 1785): "*I ha[ve] never heard of a decree upon a bill by a single creditor, not on behalf of himself and the rest, go to real assets*".

²⁸ v. *Fielden v. Fielden*, 1 S. & S. 255, 257, 57 Eng. Rep. 102, 103 (V.C. 1822) che stabilisce che la corte "*should have protected the executor from multiple creditors*"; *BROOKS*, 1 Bro. C.C. at 185, 28 Eng. Rep. at 1072: "*[T]he reason why the injunction is granted is this, that this Court, having taken the fund into its own hands, will not permit the executor to be pursued at law*".

nei confronti del medesimo soggetto-debitore. In tali azioni, pertanto, era richiesto che il creditore-*plaintiff* che agiva in rappresentanza di tutti gli altri creditori avesse un “*representative status*”⁽²⁹⁾.

Distillando l’esperienza dei “*Creditor and Legatee Bills*”, dunque, la giurisprudenza inglese affermava i seguenti principi:

(a) il *plaintiff* era un rappresentante, sicché le parti assenti erano considerate presenti dinanzi alla Corte per gli effetti della *Necessary Party Rule* ⁽³⁰⁾;

(b) agli assenti era precluso agire su base personale ed individuale dopo l’*appointment decree* reso dalla Corte nell’ambito del procedimento dell’*Administration of Assets*;

(c) tutti i creditori che comparivano davanti al *Master* cui era affidato l’incarico della *Administration of Assets* godevano del – ed erano vincolati dal – *final decree* ⁽³¹⁾;

²⁹ *Weld v. Bonham*, 2 S. & S. 91, 93, 57 Eng. Rep. 280, 280 (V.C. 1824): “*If there be special circumstances ... which make it fit that the joint creditors ... should be more distinctly represented ... a proper application must be made*”; *Cockburn v. Thompson*, 16 Ves. Jun. 321, 327-28, 33 Eng. Rep. 1005, 1008 (Ch. 1809): “[A]nd I should upon principle find the means, if not supplied by precedent, of giving a creditor ... the opportunity of supporting his interest better than the Plaintiff could”; *Bedford v. Leigh*, Dick. 707, 708, 21 Eng. Rep. 446, 44647 (Ch. 1785): “*I ha[ve] never heard of a decree upon a bill by a single creditor, not on behalf of himself and the rest, go to real assets*”; *Burney v. Morgan*, 1 S. & S. 358, 362, 57 Eng. Rep. 144, 145 (V.C. 1823): “*A mortgagee has no common interest with the creditors ... and cannot sue on their behalf*”. *Newton v. Egmont*, 5 Sim. 130, 137, 58 Eng. Rep. 286, 289 (V.C. 1832): “*In this case, where the question is priority of charge, the very nature of the question makes it necessary that all the creditors should be parties*”; *Pelham v. Gregory*, 1 Eden. 518, 28 Eng. Rep. 786 (Ch. 1760): “*It may be convenient in the present case to the plaintiffs, but no complaisance should dwell within these walls; and when with one eye I look upon the convenience of plaintiffs, I must with the other as steadily observe the inconvenience of defendants*”.

³⁰ La corte elaborava l’idea di una *conditionally necessary party*: cioè, tutti i creditori o legatari erano parti necessarie e avrebbero dovuto essere processati se fosse possibile ed a tal fine è stato dato un avviso tramite pubblicità. La presenza dei ricorrenti non apparsi, tuttavia, non era “*indispensable*” ed è stato dunque ritenuto più opportuno procedere senza gli assenti che rifiutare di procedere a causa della loro assenza. v. *Provident Tradesmens Bank & Trust Co. v. Patterson*, 390 US 102, 125 (1968).

(d) la causa non si estingueva in caso di morte del *plaintiff* purché un qualsiasi altro creditore la proseguisse depositando un “*Supplementary Bill*” ⁽³²⁾;

(e) dopo il “*final decree*” gli eventuali creditori pretermessi potevano richiedere la distribuzione anche in loro favore fin tanto che la medesima non fosse esaurita, esponendosi tuttavia al rischio che venissero dichiarati decaduti dal loro diritto per inattività (“*Defense of Laches*”) ⁽³³⁾.

³¹ Nel moderno linguaggio procedurale si direbbe che gli assenti che arrivavano dopo il decreto iniziale avevano il beneficio di *one way intervention*, v. *Union Carbide & Carbon Corp. v. Nisley*, 300 F.2d 561, 569 (10 ° Cir. 1961); *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 US 322, 331-33 (1979): “[T]he preferable approach ... in the federal courts is not to preclude the use of offensive collateral estoppel, but to grant trial courts broad discretion to determine when it should be applied”).

³² *Houlditch v. Donegall* 1 S. & S. 491, 494, 57 Eng. Rep. 194, 196 (V.C. 1823) che stabilisce chiaramente che laddove un *bill* è richiesto da una persona per conto di sé stesso e di una classe di altre persone che si trovano nelle stesse circostanze e la causa, dopo il decreto, si estingue per la sua morte, o è abbandonata da lui o dai suoi rappresentanti, è ovvio consentire ad un'altra persona – indicata dal *Master* di far parte di quella classe – di riprendere il procedimento; *Boddy v. Kent*, 1 Mer. 361, 364-65, 35 Eng. Rep. 707, 708-09 (Ch. 1816).

³³ In *David v. Frowd*, il tribunale affrontò esattamente la situazione di un parente prossimo assente che presentò un reclamo dopo un decreto finale e il completamento della distribuzione. Esaminando a lungo la causa, il tribunale ha ritenuto che il legatario assente potesse essere escluso a causa della prescrizione e non dalla *res judicata*. Come ha spiegato la corte: “*Upon the application of any person claiming to be interested, the Court refers it to the Master to inquire who are creditors, and who are the next of kin ... Such proceedings having been taken, the Court will protect the administrator against any future claim. But it is obvious that the notice given by advertisements may, and must, in many cases, not reach the parties really entitled ... [A]nd it would be the height of injustice that the proceedings of the Court, wisely adopted with a view to general convenience, should have the absolute effect of conclusively transferring the property of the true owner to one who has no right to it. It is for this reason that ... if a creditor does not happen to discover the proceedings in the Court until after the distribution has been actually made by the order of the Court amongst the parties having by the Master's report an apparent title, although the Court will protect the administrator who has acted under the orders of the Court; yet, upon a bill filed by this creditor against the parties to whom the property has been distributed, the Court will, upon proof of no willful default on the part of such creditor, and no*

c. *Unincorporated Associations*

Altro ambito in cui vi è stato uno sviluppo significativo dell'azione rappresentativa riguardava i casi delle c.d. “*Unincorporated Associations*”, ovvero tutti quei casi in cui sorgeva una lite fra i membri di società semplici, associazioni e comitati ovvero fra terzi ed i membri medesimi ⁽³⁴⁾.

In tali casi, le corti ammettevano la deroga alla *Necessary Party Rule* nei casi in cui il numero dei potenziali convenuti era tale da rendere impraticabile la loro “*joinder*” nel giudizio per cui la mancata convocazione in giudizio era da considerarsi “*excused*” ⁽³⁵⁾. In tali pronunce, la Corte precisava espressamente l'esistenza della rappresentanza in giudizio da parte del *plaintiff* che faceva sì che “*all the rest [of the absent partners] were in effect parties*” ⁽³⁶⁾.

Il report storico relativo ai *Unincorporated Associations cases*, tuttavia, non conta alcuna controversia che abbia riguardato

want of reasonable diligence on his part, compel the parties Defendants to restore to the creditor that which of right belongs to him It is argued also that the case is extremely hard upon the party who is to re-fund, for that he has full right to consider the money as his own, and may have spent it, and that it would be against the policy of the law to recall money which a party has obtained by the effect of a judgment upon a litigated title. There is here no judgment upon a litigated title; the party, who now claims by a paramount title, was absent from the Court, and all that is adjudged is, that upon an inquiry, in its nature imperfect, parties are found to have a prima facie claim, subject to be defeated upon better information. The apparent title under the Master's report is in its nature defensible”.

³⁴ Un definizione di unincorporated associations è stata data da Justice Lawton in *Conservative and Unionist Central Office v Burrell* [1982] 1 WLR 522: “‘unincorporated association’ [means] two or more persons bound together for one or more common purposes, not being business purposes, by mutual undertakings, each having mutual duties and obligations, in an organisation which has rules which identify in whom control of it and its funds rests and upon what terms and which can be joined or left at will”.

³⁵ 2 Vern. 421, 23 Eng. Rep. 870 (Ch. 1701): “[T]he assignees by dividing of it into so many shares, had made it impracticable to have them all before the court.”).

³⁶ Prec. Ch. 592, 24 Eng. Rep. 265 (Ch. 1722).

l'efficacia della decisione resa nei confronti dei membri assenti, sicché l'esperienza di tale azione rappresentativa è stata funzionale limitatamente allo sviluppo della teoria dell'azione giudiziale rappresentativa.

1.3 *Principi del diritto inglese in materia di azioni rappresentative e vincolatività delle decisioni*

L'esperienza giurisprudenziale inglese sopra delineata non è giunta, perlomeno fino alla prima metà del XIX secolo, a sviluppare una teoria organica delle azioni rappresentative né una sua disciplina unitaria, variando in relazione al tipo di azione concretamente introdotta in giudizio.

In uno sforzo di sintesi, è da rilevare che nell'ambito dei *Bill of Peace cases*, la teoria della rappresentatività dei membri assenti è giunta in due precedenti – *Brown v. Vermuden* ⁽³⁷⁾ e *Brown v. Booth* ⁽³⁸⁾ – a far affermare alla Corte l'esistenza di una rappresentanza che comportava la natura vincolante anche nei confronti delle parti assenti della decisione resa all'esito del giudizio.

Nell'ambito dei *Creditor and Legatee Bills cases*, dove pure il concetto di rappresentanza era stato sviluppato in misura compiuta, le decisioni che hanno affrontato il tema della vincolatività del *final decree* nei confronti delle parti assenti sono giunte ad escludere un tale effetto ⁽³⁹⁾. In altre parole, il creditore assente poteva beneficiare del riconoscimento del credito operato in suo favore da parte del *Master*, pur non essendo vincolato da tale accertamento. Conseguentemente, ove avesse ritenuto non corretta tale determinazione, il creditore assente era libero di agire a tutela del suo credito nei limiti dell'esaurimento della procedura di distribuzione che concludeva la *Administration of Assets*.

Quanto ai *Unincorporated Associations Cases*, la questione della vincolatività della decisione non è mai stata affrontata di-

³⁷ 1 Chan. Cas. 271, 22 Eng. Rep. 796 (Ch. 1676).

³⁸ 2 Vem. 184, 23 Eng. Rep. 720 (Ch. 1690).

³⁹ 1 My. & K. 200, 39 Eng. Rep. 657 (Ch. 1833).

rettamente; sono, tuttavia, rinvenibili limitati *obiter dicta* che depongono verso una interpretazione circa la vincolatività *ultra vires* delle decisioni rese in assenza delle parti interessate.

Distillando i principi di diritto del *case law* inglese fino al 1830, da cui poi muoverà significativamente in avanti la teoria americana, possono ricavarsi solo alcuni punti fermi:

(a) la *Necessary Party Rule* può essere derogata al fine di consentire la trattazione del diritto individuale oggetto di causa anche laddove vi siano soggetti interessati assenti che sia impossibile, impraticabile o inutilmente dispendioso convocare in giudizio;

(b) le questioni relative all'estensione degli effetti della sentenza nei confronti dei soggetti interessati rimasti assenti rispetto al giudizio devono essere affrontate, laddove se ne presenti l'effettiva necessità, in separato giudizio in cui siano convocati in causa i membri assenti;

(c) la sentenza resa nei confronti delle parti assenti è stata ritenuta vincolante al solo ricorrere delle seguenti condizioni:

- (i) laddove il *plaintiff* abbia agito in giudizio come parte espressamente o implicitamente autorizzata a stare in causa per conto dei membri assenti. L'autorizzazione si riteneva essere implicita nei soli casi in cui il *plaintiff* agisse come rappresentante di una associazione o gruppo preesistente (v. *Bill of Peace cases*);
- (ii) nei casi in cui uno o più creditori in situazione omogenea erano autorizzati ad agire da parte della Corte per la liquidazione degli *assets* ed il pagamento di tutti i creditori (v. *Creditor and Legatee cases*).

2. L'evoluzione della *class action* nel sistema americano

2.1 La teoria di Story

La sintesi dell'esperienza inglese sino a tale data maturata è stata resa con grande capacità didattica dal giudice Joseph Story

(40) nei suoi *Commentaries on Equity Pleadings* (41) con cui è stata importata e creata anche in America la regolamentazione delle azioni rappresentative ed i cui principi basilari sono ancora oggi inglobati nelle *Federal Rule of Civil Procedure* del 1938, così come modificate nel 1966.

L'approccio di Story alle azioni rappresentative, allo stesso modo di come avvenuto nell'esperienza inglese, muove dalla deroga alla regola della *Necessary Party Rule* la cui vigenza, vincolatività ed effettività è ribadita anche nell'ordinamento americano:

“all person materially interested in the subject-matter [of the suit] ought to be joined” (42).

Tale regola, nell'elaborazione di Story, può e deve subire delle deroghe in casi specificamente individuati quando il “joinder” risulta “*impracticable*” nei casi specificamente individuati (43) ovvero quando la causa richiederebbe un “joinder” a tal punto numeroso che sarebbe impossibile convenire tutte le parti interessate senza un incredibile ritardo o altri inconvenienti (44). Inoltre, i “*cases excluding the joinder*” sopra elencati possono operare solo nell'ambito di azioni che coinvolgono (a) “*common or general interests*”, (b) società, associazioni o altre forme di aggregazione di individui su base volontaria (“*association cases*”), (c) cause che riguardano un altissimo numero di

⁴⁰ Joseph Story (18 settembre 1779 – 10 settembre 1845) era un avvocato e giurista americano che prestò servizio presso la Corte Suprema degli Stati Uniti dal 1812 al 1845. È ricordato soprattutto per le sue *opinion* nel caso *Martin v. Hunter's Lessee* e *The Amistad* ed in particolare per i suoi magistrali *Commentary on the Constitution of the United States*, pubblicati per la prima volta nel 1833. Dominando il campo nel XIX secolo, quest'opera è una pietra angolare della prima giurisdizione americana. È il secondo trattato completo sulle disposizioni della Costituzione degli Stati Uniti e rimane una fonte critica di informazioni storiche sulla formazione della repubblica americana e sulle prime lotte per definire la sua legge.

⁴¹ v. JOSEPH STORY, *Commentaries On Equity Pleadings* §§ 94-97, at 93-98 (2d ed. 1840).

⁴² *Id.* §§ 76 e 77

⁴³ *Id.* §§ 78, 79 e 80.

⁴⁴ *Id.* §§ 93 e 94.

soggetti, a prescindere da tutti gli altri criteri applicabili (“*numerousness*”).

Riflettendo sulle decisioni emesse dalle Corti in materia di *association cases*, Story rilevava come, tuttavia, il criterio della rappresentatività non potesse operare, *sic et simpliciter*, in tutti i casi in cui fosse stata coinvolta un’associazione, residuando, a suo avviso, anche ipotesi nelle quali le parti assenti conservavano un “*equal interest to be heard*”.

Il caso in riflessione da parte di Story – *Beaumont v. Meredith* ⁽⁴⁵⁾ – aveva ad oggetto, in particolare, una causa per la liquidazione e scioglimento di una associazione volontaria in cui era stata negata la possibilità di procedere in assenza di tutte le parti coinvolte. Nell’analizzare tale decisione, Story percepisce – pur non sviluppando appieno – che sussiste un limite specifico al potere di rappresentanza dei soci assenti nei casi in cui la lite riguardi i rapporti fra i soci medesimi o la compagine dei membri da rappresentare che potrebbero versare in situazione non omogenea, ovvero presentare interessi in contrasto fra loro. Per questa strada, Story individua il fondamento di un principio cardinale dell’azione di classe di epoca moderna, ovvero la verifica della sussistenza di conflitti di interessi fra la classe da rappresentare o fra le classi astrattamente individuabili all’interno della controversia.

Ragionando poi dei casi di *numerousness*, Story sapientemente si avvede che il mero dato numerico non è di per sé sufficiente a fondare una eccezione alla regola della *Necessary Party Rule*, bensì vi è la necessità di una qualificazione della numerosità delle *absent parties* che devono avere una connessione nel giudizio e tra di loro. Anche per questa via, dunque, Story anticipa altri requisiti fondamentali della moderna teoria delle *class actions* ovvero quelli della “*Typicality*” e della “*Commonality*”.

Analizzando i risultati dottrinali raggiunti da Story, si potrebbe ritenere che la teoria della *Necessary Party Rule* e le sue eccezioni siano un insieme di concetti e casistiche non bene delineate e per lo più sovrapponibili e contingenti. Tale caratteristica, che potrebbe sembrare propria di una elaborazione larvale della teoria delle azioni di classe, in realtà, non sarà completamente superata neppure in epoca moderna, considerato che i cri-

⁴⁵ 3 V. & B. 180, 180, 35 Eng. Rep. 447, 447 (Ch. 1814).

teri della *Rule 23*, come vedremo *infra*, dialogano fra loro e non possono – né devono – essere maneggiati nella prassi giurisprudenziale in maniera compartimentata.

2.2 Elaborazione giurisprudenziale: il caso *Smith v. Smormstedt*

Nonostante l'importante contributo dottrinario offerto da Story, l'elaborazione giurisprudenziale americana della teoria delle azioni rappresentative e del principio della *Necessary Party Rule* è rimasta frammentaria e disorganica almeno fino alla decisione del caso *Smith v. Smormstedt* ⁽⁴⁶⁾.

Il caso affonda le proprie radici nella divisione della chiesa Episcopale Metodista americana che nel 1844 autorizzava la *Southern Annual Conference* a dividersi e divenire autonoma, dando così vita alla Divisione Settentrionale della Chiesa Episcopale Metodista ed alla relativa Divisione Meridionale.

L'oggetto del contendere fra le due Divisioni della Chiesa aveva riguardo ai ricavi della casa editoriale *Book Concern* di proprietà della Chiesa Episcopale Metodista unitaria di cui ne finanziava le pensioni e l'attività. A seguito della separazione, la Divisione Settentrionale denunciava che i ricavi della *Book Concern* erano stati arbitrariamente distratti da parte della Divisione Meridionale ed alcuni membri di quest'ultima – tra cui Smith – per difendere la Divisione di appartenenza dalle accuse avversarie, depositavano un'azione giudiziale preventiva in rappresentanza dell'intera Divisione Meridionale di appartenenza e di tutti gli altri soggetti potenzialmente interessati:

“by the authority, and under the direction of the General and Annual Conferences of the Church South, and for the benefit of the same, and for themselves, and ... all other minister and persons having an interest in the property” ⁽⁴⁷⁾.

⁴⁶ 57 U.S. 288, 16 How. 307 (1853).

⁴⁷ *Id.* at 300, 16 How. at 319.

Con l'atto introduttivo del giudizio, Smith e gli altri attori sostenevano che, all'atto della divisione della Chiesa Episcopale Metodista, i membri di ciascuna Divisione avevano pieno titolo a pretendere i ricavi della *Book Concern* da determinare in proporzione al numero di preti di appartenenza rispettivamente di ciascuna Divisione ⁽⁴⁸⁾.

I responsabili della *Book Concern* convenuti in giudizio – tra cui Swormstedt – sostenevano, invece, che la separazione della Chiesa Episcopale Metodista non era stato un atto di divisione, bensì una volontaria secessione della Divisione Meridionale dalla Chiesa unitaria che, dunque, aveva mantenuto la sua identità originaria e, conseguentemente, tutti i diritti, anche di natura patrimoniale, sulla *Book Concern*:

“when the Southern branch seceded and submitted that separation and voluntary withdrawal from this Church of a portion of the bishops, ministers, and members, and organization into a church south, was an unauthorized separation; and that they have thereby renounced and forfeited all claim ... to any portion of the property in question” ⁽⁴⁹⁾.

⁴⁸ *Id.* at 299, 16 How. at 307. La posizione degli attori era così sintetizzata nello scritto difensivo: “*We claim, in the first place, that the division of the church was a valid act, and thereby the original church was divided into two churches equally legitimate, and that the members and beneficiaries in each have equal rights to their distributive share of all the property and funds.*”

Secondly. That if there was no valid division of the original church, but only a separation of the southern portion from the original church, yet, under the circum-stances in which it was made, the beneficiaries of this charity have not lost that character by adhering to the church south, because the separation was authorized by the highest official and legislative authority of the church, and the beneficiaries living in the south had no choice or alternative but adherence to that church or the total loss of all church membership and privileges”.

⁴⁹ *Id.* at 300-01, 16 How. at 319-20. L'estratto dello scritto difensivo dei convenuti sintetizza così la loro posizione: “*From 1844 to the present time, the same Methodist Episcopal Church has continued to exist identical in name, organization, discipline, and doctrine, and under a regular succession of the same officers: some conferences in the slave-holding States have withdrawn from it; it has lost and gained individual members; and the United States' possessions on the Pacific have been received into*”

In funzione di ciò, i convenuti eccepivano anche l'incapacità dei *plantiffs* di essere considerate "*proper parties*" e, conseguentemente, di essere legittimati all'azione introdotta come rappresentanti dei membri assenti. Rilevavano, infatti, che gli attori si erano limitati solo ad affermare di essere appartenenti alla Divisione Meridionale, senza tuttavia specificare come tale mera appartenenza desse diritto alla ripartizione degli utili della *Book Concern* che, considerata la secessione unilaterale, doveva considerarsi come di esclusiva titolarità della Divisione Settentrionale ⁽⁵⁰⁾.

its connection; but these changes have not affected its organization or destroyed its identity ...

I take it then as clear, by proof and by concession, that a Methodist Episcopal Church, having a regular and well known organization, existed prior to 1844, and that the property now in controversy was held by trustees, in trust for the church so organized, and for certain specified beneficiaries in it, and that it was only through its organization, in a mode pointed out by its organic law, that any individual was or could be entitled to any portion of the fund".

⁵⁰ *"Do the individuals who join in this bill show any right to a distributive share of this fund? They show that they "are preachers--Kelley and Allen are supernumerary, and Tevis superannuated preachers—of the Methodist Episcopal Church South, and that as such they have a personal interest in the real estate, personal property, debts, and funds now holden by the Methodist Episcopal Church through said defendants, as agents and trustees appointed by the General Conference of the Methodist Episcopal Church." So much for themselves.*

As to those whom they choose to represent, they say, "What there are about fifteen hundred preachers belonging to the travelling connection of the Methodist Episcopal Church South, each of whom has a direct personal interest in the same right as your complainants to the said property,"

They say they are members of the church south, preachers belonging to the travelling connection of that church, and on that ground, and that alone, they set up this claim. They do not aver that they, or any one of them, or any one for whom they appear, ever belonged to the Methodist Episcopal Church, and acquired rights in its connection; but they simply claim that, by virtue of their connection with the Methodist Episcopal Church South, they are entitled to a distributive share of the property of the Methodist Episcopal Church. The case is certainly no better by making these persons complainants. If the church south be not entitled, as an organized body, on some ground shown in the bill, these persons are not entitled because they are members of its organization".

Nella propria decisione, la Corte Suprema concludeva che entrambe le parti dovevano essere considerate “*proper parties*” con una *holding* che, a tutt’oggi, conserva immutato il suo valore precettivo:

“*Where the parties are numerous and the suit is for an object common to them all, some of the body may maintain a bill on behalf of themselves and of the others; and a bill may also be maintained against a portion of a numerous body of defendants, representing a common interest*” ⁽⁵¹⁾.

Per giungere a tale *holding* di grande importanza, la Corte Suprema fa proprie le teorie di Story sui tipi di azioni che permettono di derogare alla *Necessary Party Rule* ed arriva ad affermare, a conclusione di tale *excursus* argomentativo, che quando è ammessa la trattazione di un’azione rappresentativa in deroga alla *Necessary Party Rule*, ebbene la relativa decisione è “*binding*” nei confronti di tutti gli assenti, a condizione che coloro che agiscono in qualità di parti e rappresentanti degli assenti siano in grado di curare adeguatamente e lealmente gli interessi dei membri assenti:

“*the legal and equitable rights and liabilities of all being before the court by representation, and especially where the subject-matter of the suit is common to all, there can be very little danger but that the interest of all will be properly protected and maintained*” ⁽⁵²⁾.

La decisione della Corte Suprema in commento è cruciale: non solo costituisce la prima chiara ed incondizionata affermazione nella storia della giurisprudenza d’oltreoceano della vincolatività nei confronti delle parti assenti della decisione resa nell’ambito dell’azione rappresentativa, ma detta, ancorché non in maniera sistematica, tutti i requisiti dell’azione di classe propri della teoria moderna americana.

⁵¹ *Id.* at 301-02, 16 How. at 320-21

⁵² v. STORY *sub* nota 40: “*Persons materially interested ... in the subject-matter of a suit are to be made parties to it*”.

La Corte Suprema, infatti, regolando la decisione *Smith v. Smsworstedt*, concludeva indicando quali fossero i requisiti per consentire la trattazione dell'azione in deroga alla Necessary Party Rule, ovvero:

- (a) la “*numerousness*” delle parti interessate;
- (b) l'esistenza di una “*common question*” nella quale le parti interessate avessero un interesse convergente;
- (c) l'assenza di un “*conflict of interests*”;
- (d) la vincolatività della decisione nei confronti dei membri assenti della classe a condizione che potessero essere considerati “*fairly and adequately*” rappresentati dalle parti che avevano assunto l'iniziativa processuale anche a tutela dei membri assenti.

Benché l'ultimo profilo della vincolatività costituisse solo un *dictum* della Corte e non una *holding* ⁽⁵³⁾, l'importanza di tale decisione non è stata esclusivamente storica, ma precettiva.

Ed infatti, tale pronuncia appariva in aperto contrasto con le Rules 47 e 48 delle *Federal Rules of Practice for the Court of Equity* precedentemente emanate dalla Corte Suprema nell'anno 1842 in relazione alla *Necessary Party Rule*. In particolare, infatti, la Rule 48 disponeva espressamente che la decisione dei giudizi caratterizzati dalla “*numerousness*” “*shall be without prejudice to the rights and claims of all absent parties*”. Della composizione di tale aperto contrasto, tuttavia, non vi è alcuna menzione all'interno della decisione *Smith v. Smorstedt* che, conseguentemente, creava una netta dicotomia fra la regola consuetudinaria e la decisione vincolante della Corte Suprema che, tuttavia, ha avuto prevalenza applicativa per tutti i casi successivi fino alla riforma delle *Federal Equity Rules* intervenuta nel 1912 con l'intento, tradito, di allineare la norma scritta all'elaborazione giurisprudenziale.

2.3 Revisione delle Federal Equity Rules del 1912 e sviluppo giurisprudenziale successivo

⁵³ Come visto, la questione di diritto affrontata e regolata dalla Suprema Corte aveva ad oggetto l'accertamento che le parti processuali e, più specificamente, i *plaintiffs* potessero essere considerate “*proper parties*”.

Attraverso la revisione delle *Rules of Practice for the Courts of Equity of the United States* del 1912, veniva dettata una nuova disposizione, la *Rule 38*, che sostituiva le precedenti previsioni di cui alle *Rules 47* e *48*.

Tale norma risolveva il contrasto precedentemente venutosi a creare fra la *Rule 48* ed i precetti della sentenza *Smith v. Smorstedt* insabbiando il problema e, cioè, nulla disponendo in merito alla vincolatività della decisione resa nell'azione rappresentativa. Così il testo della *Rule 38*:

“When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole”.

La nuova formulazione, poco coraggiosa, risultava quindi più idonea ad ingenerare dubbi, anziché dipanare quelli sorti precedentemente nel *case law* della Corte Suprema e delle Corti federali.

Se, infatti, da un lato la norma sicuramente non disponeva alcuna preclusione dei diritti delle parti assenti, dall'altro lato neppure permetteva di affermare con certezza che la decisione resa nell'ambito di una azione rappresentativa fosse vincolante nei confronti dei membri assenti.

Autorevoli autori ⁽⁵⁴⁾, tuttavia, nel commentare le nuove *Federal Equity Rules* osservavano correttamente che *“in every true class suit the decree is necessarily binding upon all parties included in the decree”*, dovendosi intendere come parti incluse nel *decree* anche tutte quelle rappresentate. Da tale considerazione discendeva la vincolatività della decisione emessa, secondo un orientamento interpretativo fatto proprio anche dalla successiva giurisprudenza della Corte Suprema.

Ed infatti, la vincolatività degli effetti della decisione dell'azione di classe veniva consacrata in due importanti casi ri-

⁵⁴ JAMES LOVE HOPKINS, *The New Federal Equity Rules*, 240 (Byron F. Babbitt ed., 8th ed. 1933).

solti dalla Corte Suprema *Hansberry v. Lee* ⁽⁵⁵⁾ e *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble* ⁽⁵⁶⁾.

Nel primo caso *Hansberry v. Lee*, la vincolatività della decisione di classe assurge ad elemento presupposto: la Corte Suprema, infatti, affermava che la decisione resa nel giudizio di classe precedentemente conclusosi non era vincolante nei confronti di *Hansberry* in quanto era stato accertato che nel precedente giudizio la classe non era stata adeguatamente rappresentata. In particolare, l'inadeguatezza della rappresentanza trovava fondamento nel fatto che il *plaintiff* versava in una situazione di conflitto di interessi rispetto agli altri membri della classe.

Nel caso *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble* la Corte Suprema affermava espressamente, invece, la vincolatività nei confronti dei membri della classe assenti della decisione precedentemente resa in altro giudizio di classe. Nell'affermare tale principio, poi, la Corte Suprema faceva espressamente riferimento all'omissione contenuta nella nuova Rule 38 rispetto alla precedente Rule 48, così definitivamente superando ogni dubbio interpretativo sorto a seguito della promulgazione delle *Federal Equity Rules* riformate del 1912. Sul punto, si riporta il *syllabus* della decisione:

“Recognition of the jurisdiction to bind absentee in such cases is manifest in the omission from Equity Rule 38, promulgated in 1912, of the earlier provision making the decree without prejudice to their rights and claims”.

2.4 La riforma delle Federal Rules of Civil Procedure del 1938

A distanza di breve tempo dalla riforma del 1912, nel 1938 la Corte Suprema emanava le *Federal Rules of Civil Procedure* che sostituivano le precedenti *Federal Equity Rules*, in particolare per quanto attiene all'azione rappresentativa.

⁵⁵ 255 U.S. 356 (1921)

⁵⁶ 57 U.S. 288, 302 (1853) che afferma che la decisione resa nella *class action* era vincolante per le parti assenti purché i rappresentanti rappresentassero fedelmente i loro interessi.

La nuova norma che regolava tali tipi di azioni, la *Rule 23*, è di particolare significato storico, prima ancora che giuridico.

Tale disposizione, infatti, in linea con la tradizione precedente, tratta ancora dell'azione rappresentativa, pur tuttavia dettando – per la prima volta – il modello processuale della *class action*. Si tratta, in buona sostanza, di una norma di passaggio fra la vecchia elaborazione giurisprudenziale (con il definitivo consolidamento dei principi emersi dal *case law*) e la disciplina moderna della *class action* che, come vedremo, nell'odierna formulazione dà per acquisiti tutti gli approdi giurisprudenziali precedenti e si limita a dettare una disciplina meramente processuale.

La *Rule 23*, per quanto qui di interesse, prevedeva la possibilità di introdurre l'azione rappresentativa purché il diritto dedotto in giudizio avesse le caratteristiche indicate dalla norma:

“(a) Representation. If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued, when the character of the right sought for or against the class is:

(1) joint, or common, or secondary in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it;

(2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the action; or

(3) several, and there is a common question of law or fact affecting several rights and a common relief is sought”.

Le 3 tipizzazioni sono state identificate dalla dottrina, in particolare quella autorevolmente rappresentata da parte del Justice Moore ⁽⁵⁷⁾, come azioni di classe rispettivamente “*True*”, “*Hybrid*” e “*Spurious*”: le prime due, con un'estensione della deci-

⁵⁷ JAMES W.M. MOORE & JOSEPH FRIEDMAN, *Moore's Federal. Practice*, § 23.07 che afferma che la decisione resa nelle *spurious class action* “*will bind only those actually before the court*”.

sione automatica nei confronti di tutti i soggetti rappresentati (salvo la limitazione, per la “*Hybrid*”, al solo “*fund*” o alla sola “*property*” oggetto dell’azione di classe); per quanto riguardava, invece, l’azione “*Spurious*”, Moore osservava come la stessa non fosse affatto una azione di classe, bensì solo uno strumento di aggregazione di pretese individuali: “*it was not really more than a permissive joinder device*”. In particolare, infatti, Moore osservava che:

“*a person who ... may be said to be a member of a class whose behalf or against whom a spurious class suit is pending, may either ignore the action or intervene and become a party of the record*” ⁽⁵⁸⁾.

Tale precisazione sarà centrale per quanto si dirà oltre in merito all’azione di classe introdotta in Italia ed in rapporto alle conseguenze sulla *class action waiver clause* in discussione nella presente trattazione.

3. Il sistema americano moderno

3.1 La Federal Rule of Civil Procedure 23

L’attuale disciplina della *class action* americana è contenuta nella *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* ⁽⁵⁹⁾ così

⁵⁸ *Moore’s Federal. Practice*, § 23.04 che afferma: “[a] person who may be said to be a member of a class on whose behalf or against whom a spurious class suit is pending, may either ignore the action or intervene and become a party of record”.

⁵⁹ FRCP 23: “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
- (2) there are questions of law or fact common to the class;
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or

(B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and

(D) the likely difficulties in managing a class action.

(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses.

(1) Certification Order.

(A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.

(B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

(C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

(2) Notice.

(A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.

(B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3)—or up on ordering notice under Rule 23(e)(1) to a class proposed to be certified for purposes of settlement under Rule 23(b)(3)—the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be

come modificata nel 1966 e parzialmente novellata delle riforme del 1998, del 2003, del 2005 – a seguito dell’emanazione del *Class Action Fairness Act* ⁽⁶⁰⁾ – e del 2009.

L’attuale struttura della norma che disciplina l’azione di classe differisce in maniera significativa dalle precedenti formulazioni, ancorché sia possibile ritrovare in essa il distillato dei principi elaborati in secoli di affinamento giurisprudenziale dinanzi alle corti di *equity* inglesi ed americane.

Il primo aspetto che colpisce l’attenzione è puramente nominalistico: la rubrica della *Rule 23*, infatti, abbandona i riferi-

identified through reasonable effort. The notice may be by one or more of the following: United States mail, electronic means, or other appropriate means. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:

- (i) the nature of the action;*
- (ii) the definition of the class certified;*
- (iii) the class claims, issues, or defenses;*
- (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;*
- (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;*
- (vi) the time and manner for requesting exclusion; and*
- (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).*
- (3) Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:*
 - (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and*
 - (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.*
- (4) Particular Issues. When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.*
- (5) Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.*
- (...)"*

⁶⁰ Riforma approvata nel corso del secondo mandato presidenziale di George W. Bush che consente alle imprese coinvolte da azioni di classe di grande rilievo economico di chiedere il trasferimento di giurisdizione dalla corte statale alla corte federale. La riforma, nell’intento del legislatore, si rendeva necessaria al fine di garantire una maggiore uniformità di giudizio, evitando il radicamento di azioni di classe di rilievo dinanzi a corti statali giudicate troppo sensibili alle istanze dei *plaintiffs*.

menti pregressi all'azione rappresentativa per celebrare la sua definitiva trasformazione nella “*Class action*” che dà il titolo alla norma.

Proseguendo, per quanto qui di interesse, la struttura della *class action* federale – che è modello d'ispirazione anche della pressoché totalità delle normative statali ⁽⁶¹⁾ – prevede una struttura sostanzialmente bifasica:

(i) una prima fase, che si conclude con la “*Certification of the class*” prevista dalla *Rule 23(c)*, da disporsi “*At an early practicable time*”. In tale fase di natura “sommaria”, il giudice valuta la sussistenza dei *prerequisites* previsti dalla *Rule 23(a)* e certifica che l'azione introdotta dal *plaintiff* – detto anche *representative party* – rientri nelle classificazioni di *class action* previste dalla *Rule 23(b)*. Verificata la sussistenza di tali elementi, il giudice concede la *certification of the class* che, ove negata, consente la prosecuzione del giudizio esclusivamente nella forma della lite individuale senza capacità di incidere sui diritti dei soggetti rimasti esterni al procedimento. È da segnalare che, all'esito della riforma del 1998, la decisione sulla *certification* può essere immediatamente impugnata dinanzi alla *Court of Appeal* ⁽⁶²⁾;

⁶¹ Solo l'ordinamento dello stato del Mississippi non contempla una normativa sull'azione di classe. Lo stato della Virginia consente *class action* di diritto comune, ma non ha è dotata di una legislazione speciale. Gli Stati dell'Iowa e del Nord Dakota seguono la “*Uniform Class Action Rule*”. Il Nebraska ed il Wisconsin seguono la “*Field Code rule on group litigation*”, così come la California che ha adottato proceduralmente una normativa equivalente alla *Rule 23 FRCP*. Il Missouri e la Nord Carolina seguono una versione adattata della formulazione originale della *Rule 23 FRCP*, cosa comune anche alla Georgia ed al West Virginia che solo negli ultimi anni hanno adottato una legislazione speciale per la *class action*. I rimanenti Stati hanno invece adottato, con qualche precisazione peculiare, normative che ricalcano il dettato della *Rule 23 FRCP*.

⁶² *Rule 23(f)*: “*Appeals. A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule, but not from an order under Rule 23(e)(1). A party must file a petition for permission to appeal with the circuit clerk within 14 days after the order is entered or within 45 days after the order is entered if any party is the United States, a United States agency, or a United States officer or employee sued for an act or omission occurring in connection with duties performed on the United States' behalf. An appeal does not stay proceed-*

(ii) la seconda fase, eventuale nel caso in cui sia concessa dal giudice la *certification of the class*. In tali casi, la causa procede nella trattazione di merito con svolgimento dell'istruttoria ed emissione della decisione finale automaticamente vincolante nei confronti di tutti i soggetti appartenenti alla classe.

È da segnalare che, nel sistema americano, la fase della *certification of the class* è cruciale e, sostanzialmente, costituisce, nella prassi giudiziaria, le colonne d'eroe dell'azione di classe. Infatti, laddove il giudice conceda la *certification*, la possibilità che la sentenza sia sfavorevole al *defendant* è molto concreta, con conseguente rischio per il medesimo di dover affrontare un esborso economico estremamente ingente, considerata – in concreto – l'aggregazione automatica delle pretese di tutti i membri della classe. Proprio in ragione di tale rischio, ove la *certification* sia stata concessa (ed eventualmente anche confermata in sede di gravame), ha un'incidenza estremamente elevata il raggiungimento di accordi transattivi fra il *defendant* ed il *plaintiff* nell'interesse dell'intera classe. Quest'ultimo, infatti, è a sua volta interessato a regolare transattivamente la propria azione, considerato che, diversamente, dovrebbe sostenere, in via anticipata, i costi particolarmente ingenti di assistenza giudiziale e di istruttoria dell'azione che, nel sistema americano, non sono oggetto di addebito automatico a carico della parte soccombente: regola nota come *American Rule* ⁽⁶³⁾ che, per quanto riguarda la disciplina della *class action*, è solo parzialmente temperata ⁽⁶⁴⁾.

ings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders".

⁶³ v. *Federal Rule of Civil Procedure* 54(d) "*Costs; Attorney's Fees*."

(1) *Costs Other Than Attorney's Fees. Unless a federal statute, these rules, or a court order provides otherwise, costs—other than attorney's fees—should be allowed to the prevailing party. But costs against the United States, its officers, and its agencies may be imposed only to the extent allowed by law. The clerk may tax costs on 14 days' notice. On motion served within the next 7 days, the court may review the clerk's action*".

⁶⁴ *Rule 23(h): "Attorney's Fees and Nontaxable Costs. In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:*

(1) *A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the*

Date tali premesse, nella fase immediatamente successiva alla concessione della *certification* si verifica un punto di incontro fra l'esigenza del *defendant* di limitare i rischi derivante da un possibile accoglimento nel merito della *class action* e l'esigenza del *plaintiff* di realizzare immediatamente il risultato positivo dell'azione, senza che questo sia eroso dai costi estremamente ingenti di assistenza giudiziale. Tale situazione costituisce un *humus* particolarmente fertile per il fiorire di transazioni giudiziali che è molto opportunamente previsto dalla normativa che siano approvate da parte del giudice che ne verifica la reale convenienza nell'interesse della classe (al pari di quanto accade per i casi di desistenza volontaria o di deferimento della causa in arbitrato) ⁽⁶⁵⁾.

court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.

(2) *A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.*

(3) *The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).*

(4) *The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D)".*

⁶⁵ Rule 23(e): "*Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class—or a class proposed to be certified for purposes of settlement—may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:*

(1) *Notice to the Class.*

(A) *Information That Parties Must Provide to the Court. The parties must provide the court with information sufficient to enable it to determine whether to give notice of the proposal to the class.*

(B) *Grounds for a Decision to Give Notice. The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal if giving notice is justified by the parties' showing that the court will likely be able to:*

(i) *approve the proposal under Rule 23(e)(2); and*

(ii) *certify the class for purposes of judgment on the proposal.*

(2) *Approval of the Proposal. If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and only on finding that it is fair, reasonable, and adequate after considering whether:*

(A) *the class representatives and class counsel have adequately represented the class;*

(B) *the proposal was negotiated at arm's length;*

(C) *the relief provided for the class is adequate, taking into account:*

(i) *the costs, risks, and delay of trial and appeal;*

La norma che impone al giudice di approvare la transazione, infatti, nasce anche dall'esigenza, emersa nella prassi giudiziaria, di contemperare il controllo delle *law firms* sulla conduzione e sui ricavi derivanti dalla *class action* stessa.

Il sistema americano, infatti, diversamente rispetto a quello italiano, prevede, anzi incentiva, la possibilità per le *law firms* che assistono il *representative party* di determinare il proprio compenso in una quota percentuale della somma riconosciuta in favore della classe, mediante la c.d. *contingent fee*. Tale possibilità, tuttavia, aveva condotto anche ad abusi, laddove le imprese convenute inducevano le *law firms* a conciliare la lite mediante riconoscimento in loro favore di compensi molto ingenti, con sacrificio del risarcimento riconosciuto in favore dei

(ii) *the effectiveness of any proposed method of distributing relief to the class, including the method of processing class-member claims;*

(iii) *the terms of any proposed award of attorney's fees, including timing of payment; and*

(iv) *any agreement required to be identified under Rule 23(e)(3); and*

(D) *the proposal treats class members equitably relative to each other.*

(3) *Identifying Agreements. The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.*

(4) *New Opportunity to Be Excluded. If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.*

(5) *Class-Member Objections.*

(A) *In General. Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e). The objection must state whether it applies only to the objector, to a specific subset of the class, or to the entire class, and also state with specificity the grounds for the objection.*

(B) *Court Approval Required for Payment in Connection with an Objection. Unless approved by the court after a hearing, no payment or other consideration may be provided in connection with:*

(i) *forgoing or withdrawing an objection, or*

(ii) *forgoing, dismissing, or abandoning an appeal from a judgment approving the proposal.*

(C) *Procedure for Approval After an Appeal. If approval under Rule 23(e)(5)(B) has not been obtained before an appeal is docketed in the court of appeals, the procedure of Rule 62.1 applies while the appeal remains pending”.*

membri della classe, in alcuni casi addirittura indennizzati mediante semplici *coupon*.

Il controllo giurisdizionale sulla conciliazione della lite tende, dunque, proprio a prevenire – o, quantomeno, a contemperare – tale rischio, assicurando così a tutti i membri della classe un equo ristoro del pregiudizio patito.

3.2 *La certification of the class*

Per quanto di rilievo nella presente trattazione, si affrontano brevemente i requisiti per la concessione della *certification of the class* ove, come detto, si ritrovano i principi elaborati dalla giurisprudenza pluricentenaria di *common law* in materia di azioni rappresentative e che costituisce, dunque, il filo di congiunzione fra la tradizione legale e la normativa odierna.

Come premesso, la *certification of the class* è concessa da parte del giudice laddove l'azione introdotta dal *representative party* rientri in uno dei *types* descritti dalla *Rule 23(b)* e che, in ogni caso, soddisfi i *prerequisites* dettati dalla *Rule 23(a)*.

Conformemente alla *Rule 23(b)*, sono quattro i casi in cui è ammessa la trattazione della causa nelle forme della *class action*, ancorché la stragrande maggioranza delle azioni di classe rientri nella c.d. “*Damages class*” prevista dalla *Rule 23(b)(3)* nel cui ambito ricadono le *antitrust class action*, *employment class action*, *insurance class action*, *product liability class action* e le *mass tort class action*.

Ad ogni buon conto, i *types of class action* sono i seguenti:

(i) *Rule 23(b)(2)*: azioni di classe ammissibili allorquando sia richiesta l'emissione di un ordine/ingiunzione (“*injunctive relief*”) nei confronti del *defendant* il quale abbia agito o rifiutato di agire nel modo generalmente dovuto nei confronti della classe. Nella categorizzazione di tale *type of class action* l'influenza storica dei *Bills of peace* è assolutamente evidente⁽⁶⁶⁾;

(ii) *Rule 23(b)(1)(A)*: azioni di classe ammissibili allorquando le azioni individuali eventualmente promosse dai membri della classe possano condurre al rischio di decisioni e rico-

⁶⁶ v. *supra*, § 1.2

noscimenti diversi e contraddittori con un diverso standard di condotta imposto al *defendant* nonostante l'omogeneità dei fatti. Anche in questa categorizzazione è possibile ritrovare l'influenza storica dei *Bills of peace*;

(iii) *Rule 23(b)(1)(B)*: azioni di classe ammissibili allorché le azioni individuali eventualmente promosse da parte dei membri della classe comportino il rischio di decisioni o riconoscimenti che possano pregiudicare i diritti e gli interessi degli altri membri della classe assenti. Tale casistica ricorre, in particolare, quando l'azione abbia ad oggetto uno specifico *fund* o *asset* la cui aggressione individuale comprometterebbe la possibilità di soddisfazione dei membri della classe assenti. In questo caso, invece, è estremamente chiaro il richiamo storico ai *Creditor and Legatee Bills* ⁽⁶⁷⁾;

(iv) *Rule 23(b)(3)*: si tratta delle già richiamate *damages class actions* ammissibili allorché sia soddisfatto almeno uno fra il “*predominance requirement*” ed il “*superiority requirement*”.

Quanto al *Predominance Requirement*, questo deve intendersi sussistente allorché le questioni di fatto o di diritto comuni alla classe siano predominanti rispetto alle questioni di fatto o di diritto che riguardano il diritto del singolo membro della classe. In altre parole, il *Predominance Requirement* è soddisfatto quando:

“*the plaintiff must make a threshold showing that each element ... may be proven through common, class-wide evidence, rather than through evidence particular to each member of the class*” ⁽⁶⁸⁾.

Quanto al *Superiority Requirement*, questo deve ritenersi integrato allorché la class action si presenti come lo strumento processuale maggiormente equo ed efficiente al fine di decidere la causa. Tale verifica è condotta sulla base di un quadruplice test disciplinato dalla *Rule 23(b)(3)* che ha riguardo all'interesse dei membri della classe di controllare l'azione individuale; la sussistenza di azioni individuali già introdotte in merito

⁶⁷ v. *supra*, § 1.3

⁶⁸ In re *Plastics Additives Antitrust Litigation*, 2006 WL 6172035, *5 (E. D. Pa. 2006).

all'oggetto della causa; la convenienza di concentrare il processo in un unico Foro, con particolare riferimento alle esigenze probatorie di ascoltare testimoni magari lontani dal luogo ove si è radicata l'azione; le presumibili difficoltà di gestire l'azione di classe.

Positivamente verificato che l'azione introdotta ricada nell'ambito di almeno uno dei *types* previsti dalla norma, il giudice deve accertare la sussistenza di tutti i prerequisites previsti dalla Rule 23(a), ovvero:

(i) *Numerosity*: è il requisito che rievoca dal passato tutta l'elaborazione giuridica tradizionale del *common law* relativa alla *Necessary Party Rule* ⁽⁶⁹⁾. La norma, infatti, prevede che il requisito della *numerosity* è soddisfatto allorquando la classe è a tal punto numerosa che la riunione di tutti i membri in un unico giudizio risulterebbe “*impracticable*”, anche per ragioni di dispersione geografica ⁽⁷⁰⁾;

(ii) *Commonality*: il requisito è soddisfatto allorquando l'azione presenta questioni di fatto o di diritto che sono comuni ad una classe di soggetti. La Corte Suprema ha anche chiarito, al riguardo, che ciò che rileva non è la presenza di questioni comuni generiche, bensì un argomento centrale relativo al *claim* della classe il cui positivo o negativo accertamento è idoneo a dare una risposta comune idonea a risolvere ciascun *claim* individuale ⁽⁷¹⁾. Anche in tale requisito si rinviene l'elaborazione della giurisprudenza tradizionale in materia di azioni rappresentative e, in particolare, quella relativa alle *unincorporated associations* ⁽⁷²⁾, ove la deroga alla regola della *Necessary Party Ru-*

⁶⁹ v. *supra*, § 1.

⁷⁰ In re *Foundry Resins Antitrust Litigation*, 242 F.R.D. 393, 404 (S.D. Ohio 2007); v. anche *Meijer, Inc. v. 3M*, 2006-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 75397, 2006 WL 2382718, *5.

⁷¹ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011): “*class members’ claims must depend upon a common contention... That common contention, moreover, must be of such a nature that it is capable of class-wide resolution - which means that determination of its truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one stroke ... What matters to class certification...is not the raising of common ‘questions’—even in droves—but, rather the capacity of a class-wide proceeding to generate common answers apt to drive the resolution of the litigation*”.

⁷² v. *supra*, § 1.4.

le veniva disposta proprio in considerazione della sostanziale comunanza di interessi fra i membri che faceva presupporre che i diritti degli assenti fossero adeguatamente difesi da parte dei membri che agivano in giudizio;

(iii) *Typicality*: tale requisito riguarda invece il *plaintiff* dal punto di vista meramente oggettivo, imponendo di verificare se il medesimo sia effettivamente un membro della classe e, dunque, un vero ed idoneo *representative party* ⁽⁷³⁾. Si è già visto come anche tale requisito sia puramente tradizionale e come, in particolare, fosse stato affrontato quale elemento centrale del caso *Simth v. Smorstedt* discusso dinanzi alla Corte Suprema nel 1844 ⁽⁷⁴⁾;

(iv) *Adequacy*: il requisito della *adequacy* è la vera sintesi di tutta la tradizione giurisprudenziale di *common law* relativa alle azioni rappresentative e, conseguentemente, ha una rilevanza centrale nell'ambito del *certification test*. La norma richiede, infatti, che il *representative party* dimostri di essere in grado di rappresentare gli interessi dei membri assenti “*fairly and adequately*”, cioè con correttezza e competenza. Sotto il primo aspetto, dunque, è richiesta la verifica – la cui rilevanza era già stata ben sottolineata da Story ⁽⁷⁵⁾ – che il *representative party* non versi in una situazione di conflitto di interessi rispetto agli altri membri della classe ⁽⁷⁶⁾. Quanto al secondo aspetto, la verifica di competenza si estende al *plaintiff* ed al suo consulente, essendo richiesto che “*the representatives will vigorously prosecute the interests of the class through qualified counsel*” ⁽⁷⁷⁾. Come detto, il requisito della *adequacy* è soggetto ad uno standard di giudizio estremamente rigoroso, in quanto costituisce, storicamente, la ragione sostanziale della regola generale per cui “*one is not bound by a judgement ... in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by*

⁷³ *American Prods.*, 521 U.S. 625/626: “[A] class representative must be part of the class and ‘possess the same interest and suffer the same injury’ as the member of the class”.

⁷⁴ v. *supra*, § 2.2.

⁷⁵ v. *supra*, § 2.1.

⁷⁶ *New Directions Treatment Services v. City Of Reading*, 490 F.3d 293 (3d Cir. 2007).

⁷⁷ *Young v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, 693 F.3d 532, 543 (6th Cir. 2012).

service of process”⁽⁷⁸⁾. Infatti, la rappresentanza in giudizio da parte del *representative party* dei diritti dei membri della classe assenti si giustifica solo sul presupposto che il medesimo curerà al meglio gli interessi dei membri assenti con la stessa intensità e vigore che i medesimi avrebbero adottato nel giudizio individuale.

Verificata la positiva sussistenza di tutti i requisiti prescritti dalla *Rule 23*, il giudice concede la *certification of the class* così da permettere la trattazione della causa nelle forme della *class action* rappresentativa di tutti i membri della *putative class* che l’attore si propone di tutelare; la decisione resa all’esito del giudizio, dunque, sarà automaticamente vincolante nei confronti di tutti i membri della classe, salvo quelli che espressamente esercitano il diritto di essere esclusi, il c.d. *opt-out* ⁽⁷⁹⁾.

3.3 Rilevanza della class action

Per concludere l’*excursus* storico circa l’evoluzione della azione rappresentativa nell’odierna azione di classe, merita sottolineare che nella prassi giurisdizionale contemporanea d’oltreoceano, la *class action* ha assunto una funzione di pubblica utilità, in particolare negli ultimi decenni del XX secolo.

L’incremento dei consumi e delle offerte di servizi, così come l’aumento delle multinazionali e della globalizzazione ha imposto standard di mercato uniformi, sicché ha anche standardizzato le doglianze dei consumatori nei confronti delle imprese. Tale standardizzazione ha trovato la sua naturale protezione nell’azione di classe e, in particolare, nella *damages class ac-*

⁷⁸ v. *supra*, § 1.1.

⁷⁹ v. *Rule 23(c)(2)(B)(v)*: “For any class certified under Rule 23(b)(3)—or upon ordering notice under Rule 23(e)(1) to a class proposed to be certified for purposes of settlement under Rule 23(b)(3)—the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice may be by one or more of the following: United States mail, electronic means, or other appropriate means. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: ... (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion”.

tion prevista dalla *Rule 23(b)(3)*, integrandone appieno i requisiti di *predominance* e *superiority*.

Sotto tale prospettiva, la *class action* è divenuta lo strumento in mano ai consumatori al fine di permettere una tutela uniforme e realmente *class-wide* rispetto a quei tipi di *small claims* per i quali, altrimenti, non vi sarebbe stato esercizio del diritto del “*day in court*”. È da ricordare, infatti, che la *American Rule* ⁽⁸⁰⁾ che non consente il ristoro delle spese di lite che rimangono a carico della parte che ha agito in giudizio comporta che il possibile realizzo ottenibile mediante la sentenza che decide lo *small claim* risulti comunque inferiore rispetto ai costi per l’esercizio del diritto.

Ciò, nell’immaginario collettivo, ha determinato una distorsione della reale natura della *class action* americana, erroneamente ritenuta (anche dal legislatore interno) come uno mero strumento di aggregazione delle pretese di soggetti che versano in situazione analoga, finalizzata a limitare lo squilibrio intrinseco del rapporto di consumo.

In realtà, come ben sottolineato da Moore e come *funditus* discuteremo nei successivi capitoli, la *class action* americana non è una azione aggregativa ma rappresentativa e, anzi, l’aggregazione di pretese non costituisce affatto un’azione di classe ⁽⁸¹⁾.

⁸⁰ v. *supra*, nota 63.

⁸¹ v. *supra*, § 2.4.

CAPITOLO II

ARBITRATION AGREEMENT E CLASS ACTION
WAIVER CLAUSE

SOMMARIO: 1. *Arbitration agreement e class action waiver clause*. – 2. Clausola compromissoria e arbitrato di classe. – 2.1. Il caso *Keating v. Superior Court*. – 2.2 Il caso *Champ v. Siegel Trading Co.* – 2.3 Il caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*. – 2.4 Gli effetti della sentenza *Bazzle*. – 2.5 Il caso *Stolt-Nielsen*. – 3. *Class action waiver clause*. – 3.1 Il caso *Laster v. T-Mobile USA, Inc.* – 3.2 Il giudizio di appello: *Laster v. AT&T Mobility LLC*. – 3.3 *AT&T Mobility LLC v. Concepción*: la sentenza *reversed and remanded* dalla Corte Suprema. – 3.4 Gli effetti della decisione *Concepción*: le ulteriori decisioni *Italian Colors* e *Imburgia*. – 3.4.1 *Segue: la decisione Directv, Inc. v. Imburgia*. – 4. Gli effetti dell'*arbitration agreement* e della *class action waiver clause*

1. Arbitration agreement e class action waiver clause

Come detto in precedenza, ad oggi l'azione di classe nel sistema americano è definitivamente evoluta in uno strumento processuale primariamente utilizzato dai consumatori per azionare pretese troppo modeste per formare oggetto di un giudizio individuale. L'azione di classe è, dunque, da riguardarsi negli Stati Uniti, non solo come modalità alternativa di risoluzione di una controversia, ma anche come diritto del consumatore di rilevanza pubblica.

A partire dagli anni '80 circa, tuttavia, il sistema giudiziale americano, statale e federale, si è confrontato con

l'interrogativo se ed in quali circostanze questo metodo di risoluzione delle controversie potesse essere legittimamente derogato in favore dell'arbitrato ovvero in quali casi questi due metodi di risoluzione delle controversie potessero essere utilizzati in maniera combinata attraverso l'esperimento dell'arbitrato di classe.

Il caso giurisprudenziale sorge in conseguenza dell'utilizzo, sempre più diffuso nella prassi commerciale americana ed internazionale, di inserire nei *forms* contrattuali clausole compromissorie per derogare alla giurisdizione della magistratura ordinaria in favore di collegi arbitrali, secondo procedure convenzionalmente stabilite o richiamando regolamentazioni istituzionali di enti o associazioni arbitrali, pubblici o privati.

Il lungo dibattito giurisprudenziale americano, dunque, si concentra, essenzialmente su tre distinte problematiche:

- (i) sulla validità della clausola compromissoria inserita in *forms* contrattuali predisposti dall'impresa senza possibilità per il sottoscrittore di intervenire sul testo contrattuale;
- (ii) sulla compatibilità tra la clausola compromissoria e la trattazione della causa nelle forme dell'arbitrato di classe;
- (iii) sulla validità della clausola compromissoria che preveda l'espresso divieto alla trattazione della causa nelle forme dell'azione o dell'arbitrato di classe.

Tali quesiti sono stati recentemente risolti dalla Corte Suprema attraverso quattro decisioni conformi e coerenti di cui, di seguito, si riepiloga il percorso processuale e motivazionale, affrontando prima il caso che ha deciso della compatibilità tra la clausola compromissoria e la trattazione dell'arbitrato di classe⁽⁸²⁾; successivamente, affrontando le sentenze che hanno deciso circa la legittimità della clausola arbitrale inserita in *forms* contrattuali *standard* e che prevedevano la rinuncia del sottoscrittore alla trattazione della causa nelle forme dell'azione o dell'arbitrato di classe⁽⁸³⁾.

⁸² *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662 (2010).

⁸³ *AT&T Mobility v. Concepción*, 563 U.S. 333 (2011); *American Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 570 U.S. ____ (2013); *DIRECTV, Inc. v. Imburgia*, 577 U.S. ____ (2015).

2. Clausola compromissoria e arbitrato di classe

2.1 *Il caso Keating v. Superior Court*

La storia giurisprudenziale dell'arbitrato di classe negli Stati Uniti inizia negli anni '80 con il caso *Keating v. Superior Court* ⁽⁸⁴⁾, quando la Corte Suprema della California autorizzò un tribunale della California a concedere la *certification* di un'azione di classe proposta da un gruppo di *plaintiffs*, consentendo di proseguire, poi, in arbitrato la trattazione del giudizio, nelle forme di un arbitrato di classe.

Il caso nasce dall'iniziativa giudiziale promossa da due *franchisees* nei confronti del *franchisor* in relazione ad una controversia ritenuta comune ad altri circa ottocento operatori di *franchising* che costituivano la classe nell'interesse della quale gli attori dichiaravano di agire.

Nell'agire in giudizio dinanzi alla Corte della California, gli attori tentavano di aggirare la clausola compromissoria contenuta nel contratto di *franchising*, ritenendo la clausola "*unenforceable*" in quanto inserita all'interno di un contratto per adesione. La Corte d'Appello della California rigettava l'eccezione degli attori ed ordinava la prosecuzione del giudizio dinanzi al collegio arbitrale nelle forme dell'azione di classe, contestualmente concedendo la "*certification*".

La causa veniva, dunque, presentata dinanzi alla Corte Suprema della California, laddove gli originari attori, nuovamente, chiedevano dichiararsi l'invalidità della clausola compromissoria ed il *franchisor* convenuto, nuovamente, chiedeva dichiararsi improcedibile l'arbitrato di classe in favore dell'arbitrato individuale.

La Corte Suprema della California, pur riconoscendo che i contratti di *franchising* costituivano dei contratti per adesione,

⁸⁴ *Keating v. Superior Court*, 167 Cal. Rptr. 481, 483-84, 490 (Ct. App. 1980), vacated, 643 P.2d 1192. (Cal. 1982).

rigettava l'impugnazione degli attori volta a far dichiarare l'invalidità della clausola compromissoria. Tuttavia, la Corte prestava grande attenzione all'ipotesi in cui le clausole arbitrali fossero inserite in contratti per adesione al solo fine di bloccare un'azione di classe altrimenti correttamente esperibile.

Nel suo *reasoning*, infatti, la Suprema Corte californiana rilevava che le clausole arbitrali apparivano frequentemente nei contratti per adesione standardizzati e che i tribunali le applicavano dando per assunto che l'arbitrato non vanificasse le ragionevoli aspettative delle parti. Tuttavia, la Corte puntualizzava che una clausola compromissoria avrebbe potuto essere utilizzata per proteggere il soggetto predisponente il contratto da qualsiasi forma di procedimento di classe, con l'effetto di precludere la proposizione di molte azioni individuali:

“[T]he class suit ‘both eliminates the possibility of repetitious litigation and provides small claimants with a method of obtaining redress for claims which would otherwise be too small to warrant individual litigation.’ Denial of a class action in cases where it is appropriate may have the effect of allowing an unscrupulous wrongdoer to ‘retain[] the benefits of its wrongful conduct.’”

If the right to a class-wide proceeding could be automatically eliminated in relationships governed by adhesion contracts through the inclusion of a provision for arbitration, the potential for undercutting these class action principles, and for chilling the effective protection of interests common to a group, would be substantial” ⁽⁸⁵⁾.

Conseguentemente, la Corte rilevava che la clausola compromissoria avrebbe potuto rivelarsi *“oppressive and may defeat the expectations of the non-drafting party”*. A fronte di tale rischio, due erano i possibili scenari adottabili:

⁸⁵ *Keating*, 645 P.2d at 1194-95.

(i) il primo, quello di ritenere che gli accordi di arbitrato contenuti nei contratti per adesione non potessero operare al fine di precludere l'esercizio di azioni di classe altrimenti ammissibili ⁽⁸⁶⁾. La Corte, tuttavia, riconosceva che un simile risultato sarebbe stato contrario alla legge ed alle politiche pubbliche;

(ii) il secondo, quello effettivamente adottato dalla Corte, per cui l'arbitrato stesso procedesse “*on a class-wide basis*”.

La Corte, dunque, sottolineava che la complessità procedurale che implicava l'arbitrato di classe, compresa la “*certification*” della classe e gli strumenti di protezioni dei membri della classe assenti, avrebbe dovuto continuare a gravare sul tribunale che sarebbe rimasto coinvolto durante tutto il processo:

“The court would have to make initial determinations regarding certification and notice to the class, and if class-wide arbitration proceeds it may be called upon to exercise a measure of external supervision in order to safeguard the rights of absent class members to adequate representation and in the event of dismissal or settlement. A good deal of care, and ingenuity, would be required to avoid judicial intrusion upon the merits of the dispute, or upon the conduct of the proceedings themselves and to minimize complexity, costs, or delay”.

Benché tale meccanismo processuale ibrido – in parte arbitrale, in parte giudiziale – potesse risultare eccessivamente oneroso e macchinoso, la Corte affermava laconica che il sacrificio richiesto era necessario in vista di una compiuta tutela dei diritti delle parti e di tenuta del sistema in genarle:

“[W]hat is at stake is not some abstract institutional interest but the interests of the affected parties.... If the alternative in a case of this sort is to force hun-

⁸⁶ *Id.*: “*would be to hold that arbitration agreements contained in contracts of adhesion may not operate to stay properly maintainable class actions*”

dreds of franchisees each to litigate its cause with [the franchisor] in a separate arbitral forum, then the prospect of class-wide arbitration, for all its difficulties, may offer a better, more efficient, and fairer solution”.

La Corte, da ultimo, rigettava le eccezioni dei convenuti volte a far dichiarare inammissibile la prosecuzione del giudizio arbitrale nelle forme dell’arbitrato di classe derivanti dal fatto che i membri della classe assenti si sarebbero ritrovati vincolati da una decisione resa da un collegio arbitrale senza che i medesimi avessero acconsentito a unirsi all’arbitrato. La Corte statuiva infatti:

“The members of a class subject to class-wide arbitration would all be parties to an agreement with the party against whom their claim is asserted; each of those agreements would contain substantially the same arbitration provision; and if any of the members of the class were dissatisfied with the class representative, or with the choice of arbitrator, or for any other reason would prefer to arbitrate on their own, they would be free to opt out and do so”.

Definitivamente scardinata ogni preclusione all’esercizio dell’arbitrato di classe, la Corte riservava ai convenuti una ultima salvaguardia di proseguire il giudizio di classe dinanzi alla Corte anziché dinanzi agli arbitri nelle forme dell’arbitrato di classe laddove vi fosse stato fondato timore che lo svolgimento in tale forma potesse pregiudicare i loro diritti o facoltà difensive. Così la Corte:

“[w]hether class-wide proceedings would prejudice the legitimate interests of the party which drafted the adhesion agreement must also be considered, and that party should be given the option of remaining in court rather than submitting to class-wide arbitration”.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, infine, negava il *certiorari* in merito richiesto dal *franchisor* soccombente per la ri-

forma della sentenza della Corte Suprema della California sull'arbitrato di classe e, conseguentemente, la decisione di quest'ultima diveniva legge nel proprio Stato ⁽⁸⁷⁾.

2.2 *Il caso Champ v. Siegel Trading Co.*

La compatibilità della clausola compromissoria con l'arbitrato di classe passava successivamente al vaglio delle Corti federali negli anni '90 che si sono nettamente discostate dai precedenti resi dalle Corti californiane vietando l'arbitrato di classe salvo il caso che una simile previsione fosse stata espressamente contemplata all'interno della clausola compromissoria.

Nel 1995, il *Seventh Circuit* rendeva in tali termini la decisione nel caso *Champ v. Siegel Trading Co.* ⁽⁸⁸⁾: la Corte rifiutava la *certification of the class* ritenendo carente la propria giurisdizione che, invece, attribuiva in via esclusiva al collegio arbitrale. La Corte, infatti, riteneva che un tale potere di intervento da parte sua sarebbe stato legittimo solo ove le parti lo avessero espressamente previsto all'interno della clausola compromissoria.

Nell'assumere la decisione, la Corte dava atto della mancanza di precedenti decisioni (federali) in merito all'esperibilità dell'arbitrato di classe e, conseguentemente, faceva affidamento a casi assimilabili e, in particolare, alle decisioni che riguardavano la riunione di una pluralità di procedimenti arbitrali. La Corte, nel vagliare la giurisprudenza degli altri *Circuits*, rilevava come costituisse orientamento diffuso che i giudici federali non potessero ordinare la riunione degli arbitrati in assenza di una previsione espressa in tal senso contenuta nella clausola compromissoria ⁽⁸⁹⁾. Quanto, invece, alla contraria pronuncia

⁸⁷ v. *Izzi v. Mesquite Country Club*, 2.31 Cd. Rptr. 315, 320 -22 (Ct. App. 5986); *Lewis v. Prudential-Bache Sec., Inc.*, 2.2.5 Cal. Rptr. 69, 75-76 (Ct. App. 1986).

⁸⁸ 55 F.3d 2.69 (7th Cir. 1995).

⁸⁹ *Id.* at 274.

della Corte Suprema Californiana resa nel caso *Keating*, il *Seventh Circuit* si discostava, sposando l'orientamento interpretativo prettamente formalistico già precedentemente espresso da parte del *Second Circuit*:

“a district court’s chief concern under the [Federal Arbitration Act] is to enforce the parties’ arbitration [agreement] as they wrote it, despite possible inefficiencies created by enforcement” ⁽⁹⁰⁾.

Infine, la Corte rilevava come l'arbitrato fosse governato dalle regole della *AAA Commercial Arbitration Rules* richiamate dalla clausola compromissoria che, all'epoca della lite, non prevedevano alcuna regolamentazione relativa agli arbitrati di classe. Applicare, dunque, le disposizioni della *Rule 23* piuttosto che quelle specificamente dettate dalla *AAA Commercial Arbitration Rules*, avrebbe costituito una violazione delle disposizioni della clausola compromissoria:

“The parties’ arbitration agreement makes no mention of class arbitration. For a federal court to read such a term into the parties’ agreement would disrupt[] the negotiated risk/benefit allocation and [direct] the parties to proceed with a different sort of arbitration” ⁽⁹¹⁾.

Le motivazioni adottate nella decisione del *Seventh Circuit* sono state successivamente osteggiate da parte delle Corti statali californiane ⁽⁹²⁾ segnando una netta dicotomia tra l'orientamento interpretativo delle Corti federali e delle Corti statali che ha segnato l'intera epoca giurisprudenziale delle *class action waiver clauses*.

⁹⁰ *Id.* at 275 citando *United Kingdom v. Boeing Co.*, 998 F.2d 68, 72 (2d Cir. 1993).

⁹¹ *Id.* at 275: la corte non valutava la questione se l'arbitro, una volta nominato, potesse stabilire autonomamente una procedura di azione di classe e certificare una classe in arbitrato.

⁹² v. *infra*, § 3.

2.3. *Il caso Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*

Il caso che ha, infine, portato la Corte Suprema degli Stati Uniti a pronunciarsi sulla possibilità di esperire l'arbitrato di classe aveva ad oggetto due azioni intraprese da proprietari di immobili nei confronti del creditore ipotecario, la *Green Tree Financial Corp.*. Con le predette azioni, i *plaintiffs* lamentavano violazioni nella protezione dei consumatori in relazione ai prestiti concessi per il miglioramento o l'acquisto della casa. Entrambi i casi sono stati trattati nelle forme dell'arbitrato e le Corti statali del South Carolina hanno confermato il lodo arbitrale che riconosceva nei confronti della classe un importo per danni e rimborso di spese legali superiore ad USD 10 milioni.

La controversia sulla validità del lodo veniva portata dinanzi alle corti statali del South Carolina: nel 2002, in grado d'appello, la Corte Suprema del South Carolina riuniva i due giudizi ed emetteva una decisione con cui confermava i lodi emessi, ritenendo le clausole arbitrali, che non prevedevano espressamente la possibilità di svolgere l'arbitrato di classe, come “*silent on class arbitration issue*”⁽⁹³⁾. Come espressamente rilevato dalla Corte, dunque, la questione sottoposta al suo discernimento riguardava:

“*whether class-wide arbitration is permissible when the arbitration agreement between the parties is silent regarding class actions*”⁽⁹⁴⁾.

La Corte, quindi, statuiva che la clausola silente dovesse essere ritenuta ambigua e, come tale, interpretata contro la parte che l'aveva redatta, ovvero l'ente creditizio⁽⁹⁵⁾.

Così facendo, la Corte del South Carolina prendeva le distanze dalla sentenza *Champ* resa dal *Seventh Circuit*, giustifi-

⁹³ *Id.*, 359.

⁹⁴ *Id.*, 352/354.

⁹⁵ *Id.*, 352/354.

cando tale presa di posizione con il fatto che, differentemente rispetto a quanto ritenuto dalla Corte federale, il South Carolina riconosceva la possibilità riunire i procedimenti arbitrali anche laddove l'accordo arbitrale fosse stato silente sul punto ⁽⁹⁶⁾. Applicando tale principio al caso in esame, dunque, la Corte Suprema del South Carolina confermava la possibilità di svolgere l'arbitrato di classe in tutti i casi in cui vi fosse una “*silent clause*” e, in particolare, laddove l'esperimento dell'arbitrato di classe “*would serve efficiency and equity, and would not result in prejudice*” ⁽⁹⁷⁾.

A seguito di ricorso di Green Tree Financial Corp., la Corte Suprema degli Stati Uniti concedeva il *certiorari* volto a stabilire se la decisione della Corte del South Carolina fosse coerente con il *Federal Arbitration Act* (FAA) ⁽⁹⁸⁾ ⁽⁹⁹⁾. Il 23 giugno 2003, la Corte Suprema decideva la causa emettendo quattro diverse opinioni, nessuna delle quali raggiungeva la maggioranza richiesta di cinque voti.

La *opinion* del Justice Breyer raccoglieva il maggior sostegno, con quattro voti, tra cui quelli dei Justices Scalia, Souter e Ginsburg e risolveva il caso affermando che la decisione se la “*silent clause*” consentisse o meno l'esperimento dell'arbitrato di classe era di esclusiva competenza del tribunale arbitrale. Di conseguenza, i quattro Justices ritenevano errata la decisione della Corte Suprema del South Carolina nella parte in cui aveva valutato nel merito l'estensione della clausola compromissoria ritenendo che tale valutazione dovesse essere rimessa all'arbitro

⁹⁶ *Id.*, 360.

⁹⁷ *Id.*, 362, la corte ha anche stabilito che Green Tree non aveva adeguatamente coltivato il motivo secondo cui l'arbitrato di classe aveva violato i diritti di giusto processo dei membri della classe assenti. Tuttavia, la corte ha anche rilevato: “*the class members' rights appear to have been properly protected by the notice given to all of them*”.

⁹⁸ v. *Green Tree Fin. Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444, 447 (2003).

⁹⁹ Legge emanata dal Congresso nel 1912 volta a favorire la risoluzione delle controversie private attraverso l'arbitrato. Si applica sia ai tribunali statali che ai tribunali federali laddove la transazione coinvolga il commercio interstatale.

per consentirgli di pronunciarsi sull'interpretazione da dare al regolamento arbitrale ⁽¹⁰⁰⁾.

Il *Justice* Stevens rilasciava una (singolare) *concurring opinion*, ritenendo che la decisione di condurre un arbitrato di classe fosse in definitiva corretta e avrebbe dovuto semplicemente essere confermata ⁽¹⁰¹⁾; tuttavia, il *Justice* Stevens precisava di aver rilasciato una opinione concorrente al solo scopo di evitare la situazione di stallo all'interno della Corte che impedisse il formarsi di una maggioranza di voto ⁽¹⁰²⁾.

Il *Justice* Thomas rilasciava, invece, una personale *dissenting opinion* affermando che, dal proprio punto di vista, il FAA non avrebbe trovato applicazione nei procedimenti dinanzi ai tribunali statali.

I *Justices* Rehnquist, O'Connor e Kennedy rilasciavano una comune *dissenting opinion* ritenendo che, seppur la clausola arbitrale non proibisse espressamente l'arbitrato di classe, la conduzione dell'arbitrato nelle forme di classe avrebbe comunque violato il regolamento arbitrale circa le modalità di selezione degli arbitri che richiedeva che ciascun attore e ciascun convenuto scegliessero un proprio arbitro. I Giudici dissidenti, dunque, osservavano che:

“the FAA does not prohibit parties from choosing class arbitration but found that the parties in the case before them simply did not so choose” ⁽¹⁰³⁾.

2.4 Gli effetti della sentenza *Bazze*

La pluralità di opinioni rilasciate dalla Corte Suprema nel caso *Bazze* aveva un effetto deflagrante, avallando i contrapposti orientamenti espressi dalle corti federali e dalle corti californiane a resistere arroccati sulle rispettive convinzioni.

¹⁰⁰ *Id.*, 453/454.

¹⁰¹ *Id.*, 454/455.

¹⁰² *Id.*, 455.

¹⁰³ *Id.*, 459.

Tuttavia, la *opinion* maggioritaria espressa dalla Corte Suprema aveva l'effetto di trasferire integralmente in capo al collegio arbitrale l'indagine circa l'interpretazione della “*silent clause*” e se questa consentisse o meno l'esperimento dell'arbitrato di classe.

La risposta del mondo arbitrale fu, ovviamente, opportunistica, muovendo verso un'interpretazione estensiva della clausola compromissoria che consentiva l'esperimento dell'arbitrato di classe, avendo le istituzioni arbitrali tutto l'interesse economico a consentire una simile modalità di trattazione dell'arbitrato.

Quindi, a distanza di meno di quattro mesi dalla decisione *Bazze* da parte della Corte Suprema, l'*American Arbitration Association* (AAA) promulgava una serie di procedure dettagliate per gli arbitrati di classe ⁽¹⁰⁴⁾. L'altro principale operatore americano nei servizi arbitrali, JAMS, nel mese di febbraio 2005 adottava procedure arbitrali di classe simili alle procedure dell'AAA ⁽¹⁰⁵⁾. In entrambi i regolamenti arbitrali, le istituzioni arbitrali prevedevano che le regole di arbitrato di classe si sarebbero applicate a qualsiasi clausola compromissoria che richiamasse tali regolamentazioni come norme dell'arbitrato, anche laddove la clausola arbitrale fosse stata redatta e sottoscritta prima dell'adozione delle procedure di arbitrato di classe.

In conformità all'*opinion* maggioritaria della sentenza *Bazze*, i regolamenti di entrambe le istituzioni arbitrali prevedevano una fase iniziale di scrutinio da parte degli arbitri della “*clause construction*” finalizzata a determinare se la clausola arbitrale

¹⁰⁴ AM. ARB. ASS'N, SUPPLEMENTARY RULES FOR CLASS ARBITRATIONS (2007) (AAA CLASS ARB. R.), <http://www.adr.org/sp.asp?id=21936>.

¹⁰⁵ Per esempio, JAMS ha annunciato il 12 novembre 2004 che non avrebbe ritenuto valide le clausole contenute nei contratti dei consumatori che avrebbero portato ad escludere il *class arbitration*; v. *JAMS Issues New Policy on Class Arbitration, Says It Will Not Enforce Preclusion Clauses*, 5 CLASS ACTION LITIG. REP. (BNA) 826 (2004). Successivamente, il 10 marzo 2005, JAMS ha cancellato la tale *policy* affermando di permettere agli arbitri di valutare l'applicabilità caso per caso; v. DAVID S. CLANCY & MATTHEW M. K. STEIN, *An Uninvited Guest: Class Arbitration and the Federal Arbitration Act's Legislative Histog*, 63 BUS. LAW. 55, 65-56 n. 48 (2007).

consentisse gli arbitrati di classe. Superata la fase preliminare, i regolamenti AAA e JAMS conferivano agli arbitri l'onere di gestire tutte le complessità procedurali della *certification*, dell'avviso ai membri della classe assenti e della correttezza del regolamento, eliminando così completamente qualsiasi intervento da parte dei tribunali ⁽¹⁰⁶⁾. Sul punto, i regolamenti ricalcavano le previsioni della *Rule 23*.

Entrambi i regolamenti, infine, prevedevano anche un immediato riesame da parte della Corte delle decisioni preliminari degli arbitri in merito alla “*clause construction*” e sulla “*certification of the class*”, benché l'impugnazione fosse espressamente circoscritta entro i limiti della revisione consentita dal FAA ⁽¹⁰⁷⁾.

Secondo i dati messi a disposizione da parte dell'AAA, a seguito dell'adozione dei regolamenti arbitrali, la proposizione di domande arbitrali di classe aveva un grande impulso ed i dati conferivano, altresì, una straordinaria propensione dell'associazione arbitrale a risolvere favorevolmente la “*clause construction*”, ritenendo proponibile l'arbitrato di classe tutte le volte in cui fosse presente una “*silent clause*”. Le statistiche dell'AAA, infatti, dimostravano che nel 25% dei casi la clausola compromissoria prevedeva espressamente la possibilità di svolgere l'arbitrato “*on a class-wide basis*”; nel 5% dei casi, la clausola non consentiva l'adozione di tale procedimento; nel residuo 70% dei casi, la “*silent clause*” era stata interpretata nel

¹⁰⁶ v. AAA CLASS ARB. R. 3, 4-6, 8; JAMS CLASS ARB. R. 2., 4, 6.

¹⁰⁷ Limiti stringenti, come chiarito dalla Federal Court di New York che ha precisato che esistevano solo due casi che permettevano di riformare il lodo arbitrale emesso sulla “*construction clause*”: (i) “*if [the award] exceeded the arbitrator's powers, in violation of Section 10(a)(4) of the [FAA]*” sezione che “*focuses on whether the arbitrators had the power, based on the parties' submissions or the arbitration agreement, to reach a certain issue, not whether the arbitrators correctly decided that issue*”; (ii) “*if it was made in 'manifest disregard of the law', a doctrine that ... is 'severely limited' to cases where there is not even a 'barely colorable justification for the outcome reached'*”.

senso di presumere la volontà delle parti di consentire l'arbitrato di classe ⁽¹⁰⁸⁾.

A fronte di tale panorama, le principali aziende di commercio di beni e servizi col pubblico modificavano i propri *forms* contrattuali inserendo delle clausole arbitrali standardizzate che espressamente vietavano la trattazione della causa, giudiziale o arbitrale, nelle forme dell'azione di classe: le c.d. *class action waiver clauses* (che tratteremo al § 3).

2.5 Il caso Stolt-Nielsen

La frammentarietà della decisione *Bazze* e la susseguente esplosione delle domande di arbitrato di classe costituirono le ragioni per cui non dovette passare molto tempo prima che la questione dell'arbitrato di classe tornasse nuovamente sul banco della Corte Suprema federale con il caso *Stolt-Nielsen v. Animalfeeds International Corp.* ⁽¹⁰⁹⁾.

¹⁰⁸ Dati riportati in una nota depositata dall'AAA presso la Suprema Corte federale nel caso *Stolt-Nielsen – v. infra* – come *amicus curiae*. In tale sede, l'associazione arbitrale osservava che dal momento in cui aveva adottato le procedure di arbitrato di classe nel 2003 fino al momento in cui aveva presentato il suo *memorandum* nel settembre del 2009, erano stati amministrati 183 arbitrati di classe, di cui uno era rimasto attivo nel 2009. Dei 183 casi, 135 avevano già portato al *Clause Construction Award* - il primo importante passo nel processo dell'AAA per determinare se un caso potesse procedere come arbitrato di classe. In quei 135 *awards*, gli arbitri avevano deciso che la clausola arbitrale consentisse l'arbitrato di classe nel 70% dei casi e solo nel 5% dei casi la clausola arbitrale non lo consentiva (nei residui casi, l'arbitrato di classe era espressamente previsto). Significativamente, la stragrande maggioranza delle clausole compromissorie che erano state prese in considerazione non contenevano alcun *ban* espresso relativo all'arbitrato di classe. Dei casi che avevano ottenuto un positivo *Clause Construction Award*, 48 avevano portato ad un *Class Determination Award* con concessione di 24 certificazioni; in 18 casi era stata negata la certificazione e in 6 casi c'è stata transazione. Alla data di presentazione della relazione, nessuno degli arbitrati di classe aveva ancora raggiunto il *final award*.

¹⁰⁹ *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 130 S. Ct. 1758, 1764, 1775-77 (2010).

Nel decidere tale giudizio, la Corte Suprema concedeva il *certiorari* al fine di definire il quesito della legittimità della *silent clause* in relazione alla disciplina dell'arbitrato dettata dal FAA:

“whether imposing class arbitration on parties whose arbitration clauses are “silent” on that issue is consistent with the Federal Arbitration Act”.

In tale giudizio, la Corte Suprema, a differenza del caso *Bazze*, prendeva un orientamento chiaro e deciso – probabilmente favorito dalla mutata composizione della Corte e, in particolare, dal nuovo *Chief Justice* ⁽¹¹⁰⁾ – contrario alla possibilità di promuovere l'arbitrato di classe in tutti quei casi in cui la clausola compromissoria fosse una *silent clause*.

Il contenzioso *Stolt-Nielsen* aveva inizio nel febbraio 2003, precisamente quattro mesi prima che la Corte Suprema definisse il caso *Bazze*, quando un gruppo di *plaintiffs*, che pretendeva di rappresentare gli acquirenti dei servizi di spedizione mediante navi-cisterna, proponeva un'azione di classe dinanzi ad un tribunale federale contro un gruppo di compagnie di navigazione, accusando queste ultime di pratiche commerciali scorrette in violazione della normativa *antitrust* per aver creato un cartello finalizzato alla fissazione omogenea dei prezzi del servizio, con lesione della concorrenza.

Nel 2004, il *Second Circuit* accertava che la domanda proposta dai *plaintiffs* avrebbe dovuto essere trattata nelle forme dell'arbitrato secondo il regolamento arbitrale predisposto dall'AAA, essendo così previsto nelle clausole compromissorie *standard* dei contratti predisposti dalle compagnie di navigazione per il servizio di trasporto.

Trasferito il contenzioso in sede arbitrale con domanda da parte dei *plaintiffs* di trattazione nelle forme dell'arbitrato di classe, i *defendants* formulavano la classica eccezione, ovvero che il tenore della clausola compromissoria non consentisse tale forma di trattazione. Il tribunale arbitrale dell'AAA rigettava ta-

¹¹⁰ v. § 3.3.

li eccezioni ed emetteva l'*award* preliminare sulla "*clause construction*" in senso favorevole ai *plaintiffs* ed alla trattazione della causa nelle forme dell'arbitrato di classe.

Le compagnie di navigazione impugnavano il lodo preliminare dinanzi alla corte federale, così come espressamente previsto dal regolamento arbitrale, chiedendo la revisione immediata del "*Clause Construction Award*".

La Corte federale, senza formalmente discostarsi dall'*opinion* maggioritaria della sentenza *Bazze*, riteneva che gli arbitri avessero omesso completamente di valutare quale fosse la legge applicabile al caso in esame, ovvero la *Federal Maritime Law* che, in base agli usi e costumi del diritto marittimo, escludeva la possibilità di promuovere l'arbitrato nelle forme dell'azione di classe ⁽¹¹¹⁾.

I *plaintiffs* ricorrevano in appello ed il *Second Circuit* riformava completamente la decisione ritenendo che la Corte federale avesse ecceduto i limiti della propria giurisdizione, potendo le corti invalidare i lodi arbitrali solo nel limitatissimo caso di manifesta violazione di legge:

"only in those exceedingly rare instances where some egregious impropriety on the part of the arbitrators is apparent" ⁽¹¹²⁾.

Nel caso *Stolt-Nielsen*, il *Second Circuit* riteneva che tale livello di manifesta erroneità non fosse ravvisabile nella condotta degli arbitri. La Corte d'appello osservava infatti che la sentenza *Champ* ed altre simili che ritenevano incompatibile la "*silent clause*" con la volontà di consentire l'arbitrato di classe "*do not represent a governing rule of contract interpretation under federal maritime law or the law of New York*" ⁽¹¹³⁾.

La Corte, inoltre, rigettava l'eccezione delle compagnie di navigazione secondo cui gli arbitri avrebbero ecceduto i limiti

¹¹¹ *Id.*, 385/387.

¹¹² *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 548 F.3d 85 (2d Cir. 2008), *rev'd*, 130 S. Ct. 1758 (2010)

¹¹³ *Id.*, 101.

della loro giurisdizione rispetto alle regole previste dal FAA in quanto:

“[b]ecause the parties specifically agreed that the arbitration panel would decide whether the arbitration clauses permitted class arbitration, the arbitration panel did not exceed its authority in deciding that issue – irrespective of whether it decided the issue correctly” ⁽¹¹⁴⁾.

A seguito di *writ* presentato dalle compagnie di navigazione soccombenti, la Corte Suprema concedeva il *certiorari*.

Nell'esaminare il caso, la Corte Suprema premetteva che la sua precedente decisione rilasciata nel caso *Bazze* non costituiva una presa di posizione intesa a stabilire un *favor* per l'arbitrato di classe, ma dichiarava semplicemente che l'autonomia negoziale delle parti, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria, consentiva alle medesime di decidere liberamente se permettere che l'arbitrato potesse seguire anche le forme dell'arbitrato di classe e non solo quello individuale ⁽¹¹⁵⁾. Ciò chiarito, la Corte Suprema proseguiva ribadendo che il FAA imponeva certe regole di importanza fondamentale, tra cui il precetto primario che l'arbitrato è una pura manifestazione di consenso:

“FAA imposes certain rules of fundamental importance, including the basic precept that arbitration is a matter of consent, not coercion [...] primary purpose of the FAA is to ensure that ‘private agreements to arbitrate are enforced according to their terms’” ⁽¹¹⁶⁾.

¹¹⁴ Justice Alito ha scritto la *majority opinion*, a cui si sono uniti il Chief Justice Roberts ed i Justices Scalia, Kennedy e Thomas. Il Justice Ginsburg ha presentato una *dissenting opinion*, alla quale si sono uniti i Justices Stevens e Breyer. Il Justice Sotomayor non ha preso parte alla decisione in quanto componente del collegio della Corte d'Appello per lo Stato di New York precedentemente investita della controversia.

¹¹⁵ *Id.*, 1770/1772.

¹¹⁶ *Id.*, 1773.

La Corte Suprema, dunque, riteneva che la “*silent clause*” non consentisse di ritenere raggiunto alcun accordo fra le parti in merito alla volontà delle medesime di consentire l’arbitrato di classe, dato che il silenzio doveva essere letto come espressione del fatto che le parti non avevano raggiunto alcun accordo su questo tema. La Corte Suprema, dunque, statuiva che ritenere raggiunto un accordo in assenza di una chiara manifestazione di volontà in tal senso era espressamente contrario ai principi fondanti del FAA che chiariscono che l’arbitrato “*is a matter of consent*”. Ancora:

“An implicit agreement to authorize class-action arbitration, however, is not a term that the arbitrator may infer solely from the fact of the parties’ agreement to arbitrate. This is so because class action arbitration changes the nature of arbitration to such a degree that it cannot be presumed the parties consented to it by simply agreeing to submit their disputes to an arbitrator”⁽¹¹⁷⁾.

Ed infatti, ad avviso della Corte Suprema il passaggio dall’arbitrato bilaterale all’arbitrato di classe aveva conseguenze rilevanti in numerosi aspetti, tra cui: (i) il numero di parti; (ii) la perdita della presunzione di *privacy* e riservatezza; (iii) l’impatto sulle parti assenti e (iv) le “*commercial stakes*” di responsabilità multipla⁽¹¹⁸⁾.

Il *Justice Ginsburg* dissentiva dall’*opinion of the Court* affermando che, a suo avviso, non sussistevano gli elementi stringenti richiesti dal FAA per sottoporre a revisione la decisione degli arbitri, non emergendo alcun manifesto errore di legge loro imputabile.

L’effetto della sentenza era deflagrante: di lì in avanti, la “*silent clause*” veniva giudicata *tout-court* incompatibile con la volontà delle parti sottoscrittrici di consentire l’arbitrato di clas-

¹¹⁷ *Id.*, 1775.

¹¹⁸ *Id.*, 1776.

se. Di fatto, dunque, l'introduzione nei *forms* contrattuali della clausola arbitrale “*silent on class arbitration*” si rivelava sufficiente per sabotare la possibilità di ricorrere all'azione di classe sia in sede giudiziale sia in sede arbitrale, rendendo così addirittura superflua la sottoscrizione di una espressa *class action waiver clause*, resasi invece necessaria a seguito della decisione *Bazze* ⁽¹¹⁹⁾.

Tuttavia, il contenzioso in merito alla validità della *class action waiver clause* era già avanzato, rimarcando l'aperta divergenza di orientamenti fra corti statali e corti federali già sperimentata in merito alla *silent clause*.

3. Class action waiver clause

Come anticipato, risale al periodo immediatamente successivo alla sentenza *Bazze*, l'introduzione sistematica nei *forms* contrattuali delle imprese operanti nell'offerta di beni e servizi con il pubblico di una specifica clausola di rinuncia all'azione di classe, espressa anche nella forme dell'impegno a risolvere la controversia esclusivamente mediante “*individual arbitration*”.

A fronte di tale fenomeno, le *lower courts*, in particolare quelle californiane, reagivano con una radicale presa di posizione a garanzia della tutela dei diritti dei consumatori facendo ridondare i principi già espressi nel caso *Keating* ⁽¹²⁰⁾; di ciò, ne è un esempio lampante il caso *Laster*: controversia che, infine, sfocerà nella decisione *AT&T Mobility LLC v. Concepción* con cui la Corte Suprema ribadirà la propria predilezione per l'arbitrato individuale già espressa nel caso *Stolt-Nielsen*.

¹¹⁹ v. § 2.3.

¹²⁰ v. § 2.1.

3.1 *Il caso Laster v. T-Mobile USA, Inc.* ⁽¹²¹⁾

Nel maggio 2005, alcuni *plaintiffs* citavano in giudizio dinanzi alla corte statale di San Diego, in rappresentanza della classe, alcune compagnie telefoniche. I *plaintiffs* chiedevano alla Corte accertarsi una violazione da parte delle compagnie telefoniche della *California's Unfair Competition Law* ("UCL") per aver posto in essere "*deceptive practices*" addebitando agli utenti tasse pari al 7,5% del valore del telefono cellulare che veniva pubblicizzato come integralmente gratuito nel caso in cui l'utente avesse sottoscritto un piano di telefonia con la compagnia telefonica offerente.

L'azione di classe veniva subito trasferita dinanzi alla *District Court of San Diego*, in accoglimento della mozione presentata da parte dei *defendants* in conformità al *Class Action Fairness Act* e riunita a quella presentata sui medesimi presupposti, fattuali e giuridici, da parte dei Signori Vincent e Lisa Concepción contro la compagnia telefonica AT&T Mobility LLC.

In aggiunta, i *defendants* presentavano una mozione per trasferire il giudizio in sede arbitrale individuale, considerato che il contratto di telefonia sottoscritto con gli utenti/*plaintiffs* prevedeva una clausola compromissoria, comune a tutte le compagnie telefoniche, che vietava la trattazione del giudizio nelle forme dell'azione di classe del seguente tenore:

"CINGULAR and you ... agree to arbitrate all dispute and claims (including ones that already are the subject of litigation) arising out of or relating to this Agreement, or to any prior oral or written agreement [...] You and Cingular agree that YOU AND CINGULAR MAY BRING CLAIMS AGAINST THE OTHER ONLY IN YOUR OR ITS INDIVIDUAL CAPACITY, and not as a plaintiff or class member in any purported class or representative proceeding".

¹²¹ *Laster v. T-MOBILE USA, Inc.*, 407 F. Supp. 2d 1181 (S.D. Cal. 2005).

In aggiunta, il contratto sottoscritto fra i Signori Concepción e AT&T Mobility LLC prevedeva che l'arbitrato sarebbe stato svolto con costi, anche di assistenza legale, integralmente a carico della compagnia telefonica, in via telematica o comunque virtuale e con una penale a carico di AT&T Mobility LLC pari a USD 7.500 per il caso in cui l'arbitro avesse accolto la domanda del consumatore in misura superiore all'offerta transattiva presentata dalla compagnia telefonica.

Nel discutere la “*motion to compel arbitration*” presentata da parte delle compagnie telefoniche, la District Court precisava che la decisione doveva tenere in conto dei seguenti aspetti:

“(1) whether a valid agreement to arbitrate exists and, if it does, (2) whether the dispute encompasses the dispute at issue Chiron Corp. v. Ortho Diagnostic Sys., Inc., 207 F.3d 1126, 1130 (9th Cir. 2000). Finally, a court interpreting an arbitration agreement must give due regard to the federal policy favoring arbitration; ambiguities as to the scope of the arbitration clause are resolved in favor of arbitration”.

Quanto al primo aspetto, la District Court ricordava che la validità della clausola compromissoria doveva essere decisa sulla base delle regole del FAA che prevedeva, alla Section 2 che:

“arbitration agreement shall be valid, irrevocable and enforceable, save upon such grounds that exist in law or in equity for revocation of any contract”.

Proseguiva la Corte specificando che la *federal court*, chiamata a valutare la validità della clausola compromissoria, doveva applicare la legge statale ⁽¹²²⁾ per cui le ordinarie invalidità della *contract law*, come la *duress*, *fraud* o *unconscionability*, trovavano applicazione nel discernimento richiesto dalla Section

¹²² *Ticknor v. Choice Hotels Int'l, Inc.*, 265 F.3d 931, 936-37 (9th Cir. 2001).

2 del FAA ⁽¹²³⁾ che non avrebbe dovuto avere ad oggetto l'intero contratto, bensì la singola pattuizione relativa all'*arbitration agreement* ⁽¹²⁴⁾.

In particolare, considerato che il caso in esame aveva ad oggetto un contratto per adesione ⁽¹²⁵⁾, la Corte focalizzava la propria attenzione sulla verifica che la clausola arbitrale non si rivelasse "*unconscionable*" sotto il duplice profilo della "*procedural unconscionability*" e della "*substantive unconscionability*".

Quanto al primo requisito, la Corte ricordava che il requisito della *procedural unconscionability* è da considerarsi integrato nel caso di ricorrenza dei presupposti della "*oppression*" e della "*surprise*" da valutarsi in base alle modalità con cui il contratto è negoziato ed alle circostanze della sottoscrizione:

(i) la "*oppression*" ricorre tutte le volte in cui vi sia una disuguaglianza rilevante fra le parti contrattuali ⁽¹²⁶⁾ ovvero per tutti quei contratti per adesione presentati nelle forme del "*take-it-or-leave-it*" ⁽¹²⁷⁾;

(ii) la "*surprise*" ricorre nei casi in cui alcune previsioni contrattuali risultano nascoste "*in a prolix printed form drafted by a party in a superior bargaining position*" ⁽¹²⁸⁾.

La Corte, dunque, riteneva ricorrenti tutti i requisiti della "*procedural unconscionability*" considerato che non era in discussione che le parti avessero stipulato la clausola compromissoria sulla base di uno schema negoziale non modificabile predisposto dal soggetto in superiore posizione e forza contrattuale. Altrettanto doveva dirsi per il requisito della "*surprise*", consi-

¹²³ *Doctor's Assocs., Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681, 686 (1996)

¹²⁴ *Gray v. Conseco, Inc.*, 2000 WL 1480273 (C.D.Cal. 2000)

¹²⁵ *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services*, 24 Cal.4th 83, 113 (Gai. 2000): "*An adhesion contract is a standardized contract, which, imposed and drafted by the party of superior bargaining strength, relegates to the subscribing party only the opportunity to adhere to the contract or reject it*".

¹²⁶ *California Grocers Assn. v. Bank of America*, 22 Cal.App.4th 205, 214 (1994).

¹²⁷ *Ting v. ATT*, 319 F.3d 1126, 1149 (9th Cir. 2003).

¹²⁸ *Crippen v. Central Valley RV Outlet, Inc.* 124 Cal. App. 4th 1159 (Cal. Ct. App. 2004).

derato che alcune compagnie telefoniche avevano trasmesso i loro “*Terms&Conditions*” contenenti la clausola arbitrale solo successivamente alla sottoscrizione da parte degli utenti dei servizi telefonici ovvero, in altri casi, la clausola compromissoria risultava all’interno di “*Terms&Conditions*” di decine e decine di pagine, consegnati unitamente ad altra documentazione altrettanto ponderosa.

Proseguendo nell’esame della *unconscionability*, la Corte ricordava che il requisito della *substantive unconscionability* ricorre, invece, quando le previsioni contrattuali si rivelano oggettivamente ingiuste perché eccessivamente oppressive o vessatorie ⁽¹²⁹⁾. In particolare, poi, la *substantive unconscionability* doveva essere riguardata alla luce della specifica *contract law* della California che includeva anche la c.d. *Discover Bank Rule*. Tale specifica norma derivava dal consolidamento della pronuncia giudiziale resa nel caso *Discover Bank v. Supreme Court* ⁽¹³⁰⁾ in cui la Corte Suprema della California aveva dichiarato *unconscionable* una *class action waiver clause* inserita da parte di Discover Bank in una comunicazione di modifica unilaterale delle *Terms&Conditions* del rapporto contrattuale con i suoi clienti. Così facendo, la Corte Suprema riteneva che Discover Bank aveva attuato deliberatamente una strategia per boicottare la possibilità dei clienti di agire, giudizialmente o in arbitrato, per cause relative a modeste somme di denaro, attuando nei fatti una clausola di esclusione da responsabilità in violazione delle norme previste dal codice civile californiano:

“We do not hold that all class action waivers are necessarily unconscionable. But when the waiver is found in a consumer contract of adhesion in a setting in which disputes between the contracting parties predictably involve small amounts of damages, and when it is alleged that the party with the superior bargaining power has carried out a scheme to deliberately cheat large numbers of consumers out of individually

¹²⁹ *Lemke v. Arrowood*, 2000 WI App 32 (Wis. Ct. App. 1999).

¹³⁰ *Discover Bank v. Superior Court*, 113 P.3d 1100 (Cal. 2005).

small sums of money, then, at least to the extent the obligation at issue is governed by California law, the waiver becomes in practice the exemption of the party 'from responsibility for [its] own fraud, or willful injury to the person or property of another (Civ. Code, § 1668.) Under these circumstances, such waivers are unconscionable under California law and should not be enforced' ⁽¹³¹⁾.

Distillando tale *reasoning* – non dissimile dalla sentenza *Keating* ⁽¹³²⁾ – la Corte Suprema della California subordinava la verifica della *substantive unconscionability* della clausola arbitrale al “*Discover Bank's two-prong test*”, diventato noto nella giurisprudenza successiva come “*Discover Bank rule*”, ovvero:

“(1) the class action waiver is contained in a consumer contract of adhesion, in which small amounts of damages are at issue; and (2) it is alleged that the party with the superior bargaining power has carried out a scheme to deliberately cheat large numbers of consumers out of individual small sums of money”.

Ciò premesso, la Corte accertava la sussistenza di entrambi i requisiti: pacifico il primo per essere incontestata l'esistenza di un contratto per adesione e per essere in questione importi inferiori a USD 30, il secondo era ritenuto, altresì, sussistente in quanto la *Discover Bank Rule* non richiedeva la prova del disegno fraudolento dell'impresa volto a costituirsi un esonero dalla propria responsabilità, ma richiedeva semplicemente che tale requisito fosse “*alleged by the plaintiff*” ⁽¹³³⁾. La Corte, inoltre, rigettava l'eccezione sollevata da una delle compagnie telefoniche secondo cui la propria “*arbitration clause*” non avrebbe costituito esonero dalla responsabilità in quanto la compagnia si impegnavano a sostenere tutti i costi del giudizio arbitrale, ivi in-

¹³¹ *Discover Bank*, 30 Cal.4th at 162-63.

¹³² v. § 2.1.

¹³³ *Laster*, v. 1191.

clusi i “*reasonable attorney’s fees*”. Nel far ciò la Corte si riportava alla *holding* già espressa nel caso *Discover Bank* in cui l’eccezione era rigettata con la seguente motivazione:

“*Nor are we persuaded by the rationale stated by some courts that the potential availability of attorney fees to the prevailing party in arbitration or litigation ameliorates the problem posed by such class action waivers. ... There is no indication ... attorney fees are an adequate substitute for the class action or arbitration mechanism*” ⁽¹³⁴⁾.

Da ultimo, la Corte affrontava l’eccezione sollevata dalle compagnie telefoniche secondo cui, anche laddove fosse stata ritenuta invalida la clausola compromissoria per *unconscionability* derivante dall’applicazione della *Discover Bank Rule*, tale norma sarebbe stata “*preempted*” ⁽¹³⁵⁾ dalla *Section 2* del FAA che consentiva l’invalidazione della *arbitration clause* solo nel caso di violazione delle regole che comportavano la “*revocation of any contract*”, mentre la *Discover Bank Rule* poteva essere applicabile solo alla clausola compromissoria.

Anche tale eccezione veniva rigettata sulla base della *holding* resa in merito dalla Corte Suprema della California nel caso *Discover Bank*, ove statuiva:

“*determination that a class-wide bar is unconscionable is not preempted by § 2 of the FAA, because such a determination involves principles of state law regarding the “validity, revocability, and enforceability,*

¹³⁴ *Discover Bank*, 30 Cal.4th 16.

¹³⁵ La “*preemption*”, traducibile in principio di legittimità consiste nella supremazia del diritto federale rispetto a quello statale. Di conseguenza, se il governo federale attraverso il Congresso emana una legge su un argomento dichiarando espressamente di aver assunto il compito di legiferare sul punto, nessuno stato può emettere una legge contrastante con quella federale. Laddove il Congresso non rivendichi chiaramente la *preemption*, un tribunale federale o statale può esaminare la storia legislativa per determinare l’intenzione del legislatore di esercitare comunque nei fatti la *preemption*.

of contracts generally". Under section 2 of the FAA, a state court may refuse to enforce an arbitration agreement based on 'generally applicable contract defenses, such as fraud, duress, or unconscionability' ⁽¹³⁶⁾.

Tanto considerato, la Corte Suprema dichiarava l'invalidità della clausola compromissoria e, conseguentemente, autorizzava la trattazione del giudizio nelle forme dell'azione di classe ai sensi della *Rule 23*.

Un dato interessante da tenere in considerazione per quanto si andrà a dire poi ⁽¹³⁷⁾ è che il difensore della soccombente Discover Bank nell'ormai noto procedimento *Discover Bank v. Superior Court* era l'avvocato John Glover Roberts Jr. che dal successivo 29 settembre 2005 fu chiamato dal Presidente George W. Bush a rivestire il ruolo di *Chief Justice* della Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America.

3.2 Il giudizio di appello: *Laster v. AT&T Mobility LLC* ⁽¹³⁸⁾

Contro la decisione della *District Court of San Diego* proponeva impugnazione AT&T Mobility LLC dinanzi al *Ninth Circuit*.

Con la propria impugnazione, AT&T ribadiva le eccezioni svolte in primo grado, insistendo affinché il giudizio fosse trasferito dinanzi al tribunale arbitrale nelle forme del "*individual arbitration*", così come previsto dalla clausola compromissoria contenente una "*class action waiver clause*". L'oggetto del giudizio di impugnazione veniva così sintetizzato da parte della Corte:

¹³⁶ La Corte richiama anche il caso *Ting*, 319 F.3d at 1150, n. 15: "*Because unconscionability is a generally applicable contract defense, it may be applied to invalidate an arbitration agreement without contravening § 2 of the FAA*".

¹³⁷ v. § 3.3.

¹³⁸ *Laster v. AT&T Mobility LLC*, 584 F. 3d 849, 852, n. 1 (CA9 2009).

“The phone company demanded the plaintiffs’ claims be submitted to individual arbitration, pointing to the arbitration clause of the written agreement, which arbitration clause requires arbitration, but bars class actions. Because this is an action invoking diversity of citizenship jurisdiction, the plaintiff-subscribers point to California contract law, which they claim renders both the arbitration clause and the class action waiver unconscionable, hence, unenforceable”.

La Corte, esaminato il caso, confermava integralmente la decisione della *District Court* rifacendosi anche alla decisione precedentemente resa nel caso analogo *Shroyer v. New Cingular Wireless Services, Inc.* ⁽¹³⁹⁾.

La Corte, in particolare, confermava l’invalidità della clausola compromissoria per *unconscionability* con riferimento alla *Discover Bank Rule*, ribadendo quanto anche affermato nel caso *Shroyer*:

“when the potential for individual gain is small, very few plaintiffs, if any, will pursue individual arbitration or litigation, which greatly reduces the aggregate liability a company faces when it has exacted small sums from millions of consumers” ⁽¹⁴⁰⁾.

Infine, la Corte affrontava nuovamente l’eccezione di AT&T secondo cui la *Discover Bank Rule* sarebbe stata *preempted*, anche implicitamente, dal FAA. La compagnia telefonica ricorrente sosteneva, infatti, che una norma statale doveva ritenersi “*impliedly preempted*” tutte le volte in cui “*it stands as an obstacle to the accomplishment and execution of the full purposes and objectives of Congress*”.

¹³⁹ *Shroyer v. New Cingular Wireless Services, Inc.*, 498 F.3d 976 (9th Cir. 2007).

¹⁴⁰ *Id.*, 498 F.3d at 986.

Nel rigettare l'eccezione dell'appellante, la Corte ribadiva la *holding* del caso *Shroyer* ove la *ratio* del FAA era ricondotta a due principali aspetti:

“first, to reverse judicial hostility to arbitration agreements by placing them on the same footing as any other contract, and second, to promote the efficient and expeditious resolution of claims” ⁽¹⁴¹⁾.

Ebbene, rispetto al primo argomento la Corte rilevava che:

(i) dichiarare la *unconscionability* di una *class action waiver clause* non costituiva in alcuna misura una compressione o lesione delle finalità del FAA;

(ii) in secondo luogo, la *Discover Bank Rule* aveva avuto l'effetto di equiparare, sul piano sostanziale, le clausole compromissorie contenenti una *waiver* dell'arbitrato di classe ai contratti ordinari che prevedevano una *waiver* della possibilità di promuovere un'azione di classe, già dichiarati invalidi dalla precedente giurisprudenza ⁽¹⁴²⁾;

(iii) in terzo luogo, applicare i principi della *impliedly preemption* avrebbe condotto al risultato di impedire l'applicazione della legge statale che comportava l'invalidità dell'*arbitration agreement*, in contrasto con la *Section 2* del FAA che permetteva di dichiarare invalido l'*arbitration agreement* in base alla legge statale applicabile ⁽¹⁴³⁾.

Quanto al secondo argomento, la Corte rigettava la prospettiva che un procedimento di classe potesse comportare un sacrificio o riduzione dell'efficienza e speditezza dell'arbitrato in generale e, conseguentemente, affermava che l'applicazione della legge californiana sulla *unconscionability* non costituiva

¹⁴¹ *Id.*, 498 F.3d at 988.

¹⁴² *America Online, Inc. v. Superior Ct.*, 90 Cal. App. 4th 1, 17–18, 108 Cal. Rptr. 2d 699, 711–713 (2001).

¹⁴³ *Shroyer*, 989-90: “the fact that § 2 expressly permits a court to decline enforcement of an arbitration agreement on grounds ... such as unconscionability, strongly suggests that Congress did not contemplate that implied preemption principles would be applied to mandate the opposite result”.

un ostacolo all'attuazione dei principi e delle finalità del FAA e, conseguentemente, non poteva ritenersi *impliedly preempted* da quest'ultima ⁽¹⁴⁴⁾.

Per tutte le ragioni sopra richiamate, la Corte rigettava l'appello promosso da parte di AT&T Mobility LLC confermando la decisione di primo grado circa l'invalidità della clausola compromissoria che conteneva la rinuncia all'azione di classe.

3.3 AT&T Mobility LLC v. Concepción: *la sentenza reversed and remanded della Corte Suprema*

La Corte Suprema concedeva il *certiorari* richiesto da AT&T Mobility LLC e, dopo la decisione *Stolt-Nielsen*, si trovava, dunque, ad affrontare, in via definitiva, la questione, politica prima ancora che giuridica, circa la possibilità di escludere pattiziamente il diritto dei consumatori di agire tramite azione, giudiziale o arbitrale, di classe.

La conferma del peso politico della decisione adottata è ben rappresentata dalla nettissima contrapposizione nelle *opinions* rilasciate dai *Justices* della Corte Suprema, con una *opinion of the Court* che ha sentenziato la piena validità della *class action waiver clause* votata dalla ristrettissima maggioranza di 5 giudici su 9, di cui peraltro uno, il *Justice* Thomas, aderente alla maggioranza, benché latore di una vibrante *concurring opinion*. Va notato che nella compagine di maggioranza che affermava la validità della clausola arbitrale per essere la *Discover Bank Rule* *preempted* dal FAA, siede anche il *Chief Justice* Roberts, già avvocato difensore di Discover Bank proprio nella famigerata causa che aveva portato all'adozione in California della c.d. *Discover Bank Rule*.

¹⁴⁴ *Laster*, 14: “applying California’s generally applicable contract law to refuse enforcement of the unconscionable class action waiver in this case does not stand as an obstacle to the purposes or objectives of the Federal Arbitration Act, and is, therefore, not impliedly preempted”.

Contro l'*opinion of the Court* votavano compatti i restati quattro *Justices*, che rilasciavano una *dissenting opinion* aspramente critica contro il voto di maggioranza e dotata di una puntualità giuridica e di una efficacia persuasiva oggettivamente superiore rispetto all'*opinion of the Court*.

Entrando nel merito della decisione, la maggioranza della Corte Suprema rovesciava la sentenza del *Second Circuit* accogliendo l'eccezione di AT&T e ritenendo la *Discover Bank Rule* *impliedly preempted* dal FAA in quanto la medesima "*stands as an obstacle to the accomplishment and execution of the full purposes and objectives of Congress*".

In particolare, la Corte Suprema riteneva che la *Discover Bank Rule* non costituisse una "*defense*" applicabile genericamente a qualsiasi tipo di contratto, ma solo alle clausole arbitrali, con ciò discriminando il ricorso all'arbitrato, in contrasto con le motivazioni che avevano condotto il Congresso all'approvazione del FAA (¹⁴⁵). Ciò precisato, la Corte spiegava che l'applicazione della *Discover Bank Rule* alla clausola arbitrale avrebbe condotto all'applicazione di un arbitrato di classe sostanzialmente difforme rispetto a quello voluto dalle parti con la sottoscrizione della clausola arbitrale, con ciò violando la *ratio* stessa del FAA, individuata nell'interesse delle parti di vedere applicata la propria clausola compromissoria in modo da ave-

¹⁴⁵ Concepción, *Syllabus*: "(a) Section 2 reflects a "liberal federal policy favoring arbitration," *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U. S. 1, 24, and the "fundamental principle that arbitration is a matter of contract," *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U. S.. Thus, courts must place arbitration agreements on an equal footing with other contracts, *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 546 U. S. 440, 443, and enforce them according to their terms, *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U. S. 468, 478. Section 2's saving clause permits agreements to be invalidated by "generally applicable contract defenses," but not by defenses that apply only to arbitration or derive their meaning from the fact that an agreement to arbitrate is at issue. *Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto*, 517 U. S. 681, 687. Pp. 4-5".

re un procedimento rapido e lineare ⁽¹⁴⁶⁾. La Corte riteneva infatti:

“The switch from bilateral to class arbitration sacrifices arbitration’s informality and makes the process slower, more costly, and more likely to generate procedural morass than final judgment. And class arbitration greatly increases risks to defendants. The absence of multilayered review makes it more likely that errors will go uncorrected. That risk of error may become unacceptable when damages allegedly owed to thousands of claimants are aggregated and decided at once. Arbitration is poorly suited to these higher stakes. In litigation, a defendant may appeal a certification decision and a final judgment, but 9 U. S. C. §10 limits the grounds on which courts can vacate arbitral awards. Pp. 12–18” ⁽¹⁴⁷⁾.

Per tali ragioni, la Corte riteneva che la Discover Bank Rule dovesse ritenersi *preempted by the FAA*, in quanto applicata:

“in a fashion that disfavors or interferes with arbitration. Although §2’s saving clause preserves generally applicable contract defenses, it does not suggest an intent to preserve state-law rules that stand as an obstacle to the accomplishment of the FAA’s objectives. Cf. Geier v. American Honda Motor Co., 529 U. S. 861, 872.” ⁽¹⁴⁸⁾.

¹⁴⁶ Concepción, Syllabus: *“The FAA’s overarching purpose is to ensure the enforcement of arbitration agreements according to their terms so as to facilitate informal, streamlined proceedings. Parties may agree to limit the issues subject to arbitration, Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U. S. 614, 628, to arbitrate according to specific rules, Volt, supra, at 479, and to limit with whom they will arbitrate, Stolt-Nielsen, supra, at _____. Pp. 6–12”*.

¹⁴⁷ Concepción, Syllabus.

¹⁴⁸ *Id.*

Come detto, il *Justice* Thomas aderiva in maniera critica alla maggioranza, rilasciando una *concurring opinion* favorevole alla validità della clausola arbitrale, anch'essa fondata su motivazioni di natura squisitamente tecnico-giuridica ⁽¹⁴⁹⁾.

¹⁴⁹ In estrema sintesi, il *Justice* Thomas riteneva che la “*saving clause*” di cui alla *Section 2* del FAA consentisse solo la dichiarazione di “*revocation*” dell’*arbitration clause* e non anche la dichiarazione di “*invalidation*” o di “*nonenforceability*”. Di contro, la *Discover Bank Rule* imponeva una dichiarazione di “*invalidation*” per *unconscionability* non consentita, a suo avviso, dalla *Section 2* del FAA: “*The use of only “revocation” and the conspicuous omission of “invalidation” and “nonenforcement” suggest that the exception does not include all defenses applicable to any contract but rather some subset of those defenses. See Duncan v. Walker, 533 U. S. 167, 174 (2001) (“It is our duty to give effect, if possible, to every clause and word of a statute” (internal quotation marks omitted)). Concededly, the difference between revocability, on the one hand, and validity and enforceability, on the other, is not obvious. The statute does not define the terms, and their ordinary meanings arguably overlap. Indeed, this Court and others have referred to the concepts of revocability, validity, and enforceability interchangeably. But this ambiguity alone cannot justify ignoring Congress’ clear decision in §2 to repeat only one of the three concepts. To clarify the meaning of §2, it would be natural to look to other portions of the FAA. Statutory interpretation focuses on “the language itself, the specific context in which that language is used, and the broader context of the statute as a whole.” Robinson v. Shell Oil Co., 519 U. S. 337, 341 (1997). “A provision that may seem ambiguous in isolation is often clarified by the remainder of the statutory scheme . . . because only one of the permissible meanings produces a substantive effect that is compatible with the rest of the law.” United Sav. Assn. of Tex. v. Timbers of Inwood Forest Associates, Ltd., 484 U. S. 365, 371 (1988). Examining the broader statutory scheme, §4 can be read to clarify the scope of §2’s exception to the enforcement of arbitration agreements. When a party seeks to enforce an arbitration agreement in federal court, §4 requires that “upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue,” the court must order arbitration “in accordance with the terms of the agreement.” Reading §§2 and 4 harmoniously, the “grounds . . . for the revocation” preserved in §2 would mean grounds related to the making of the agreement. This would require enforcement of an agreement to arbitrate unless a party successfully asserts a defense concerning the formation of the agreement to arbitrate, such as fraud, duress, or mutual mistake. See Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U. S. 395, 403–404 (1967) (interpreting §4 to permit federal courts to adjudicate claims of “fraud in the inducement of the arbitration clause itself” because such claims “g[o] to the ‘making’ of the agreement to arbitrate”).*”

La *dissenting opinion* veniva rilasciata dal *Justice Breyer* per conto di tutti i giudici dissenzienti e si articola in due parti: una rescindente, di asprissima critica al *reasoning* della *opinion of the Court* di cui metteva in luce le effettive gravi erroneità e contraddizioni; la seconda, rescissoria con cui ribadiva la corretta interpretazione da offrire, a loro avviso, alle norme del FAA, conforme alle decisioni assunte dalle Corti californiane⁽¹⁵⁰⁾.

In particolare, i *Justices* dissenzienti criticavano la ricostruzione della *ratio* del FAA, ritenuta quella di avere una procedura veloce ed efficiente, replicando che il reale intento perseguito dal Congresso fosse quello di porre su un piano di totale eguaglianza le clausole arbitrali con qualsiasi altro accordo contrattuale:

“But we have also cautioned against thinking that Congress’ primary objective was to guarantee these particular procedural advantages. Rather, that primary objective was to secure the “enforcement” of agreements to arbitrate. Dean Witter, 470 U. S., at 221. See also id., at 219 (we “reject the suggestion that the overriding goal of the Arbitration Act was to promote the expeditious resolution of claims”); id., at 219, 217–218 (“[T]he intent of Congress” requires us to apply the terms of the Act without regard to whether the result would be “possibly inefficient”); cf. id., at 220 (acknowledging that “expedited resolution of

trate”). Contract defenses unrelated to the making of the agreement—such as public policy—could not be the basis for declining to enforce an arbitration clause”

¹⁵⁰ Concepción, 1: “The Federal Arbitration Act says that an arbitration agreement “shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.” 9 U. S. C. §2 (*emphasis added*). California law sets forth certain circumstances in which “class action waivers” in any contract are unenforceable. In my view, this rule of state law is consistent with the federal Act’s language and primary objective. It does not “stan[d] as an obstacle” to the Act’s “accomplishment and execution.” *Hines v. Davidowitz*, 312 U. S. 52, 67 (1941)”.

disputes” might lead parties to prefer arbitration). The relevant Senate Report points to the Act’s basic purpose when it says that “[t]he purpose of the [Act] is clearly set forth in section 2,” S. Rep. No. 536, at 2 (emphasis added), namely, the section that says that an arbitration agreement “shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract,” 9 U. S. C. §2. Thus, insofar as we seek to implement Congress’ intent, we should think more than twice before invalidating a state law that does just what §2 requires, namely, puts agreements to arbitrate and agreements to litigate “upon the same footing””.

La *dissenting opinion* proseguiva poi criticando come immotivato l’assunto adottato dalla maggioranza secondo cui l’arbitrato di classe sarebbe stato “*inconsistent with arbitration itself*” citando, *a contrario*, numerose pronunce – fra cui le ben note *Stolt-Nielsen* e *Keating* – che avevano adottato un orientamento apertamente opposto.

L’aspetto giuridico e motivazionale ritenuto più debole dell’*opinion of the Court* veniva stigmatizzato dai giudici dissenzienti rilevando che la Corte aveva palesemente errato nell’utilizzare l’arbitrato di classe quale termine di paragone per determinarne l’inefficienza del medesimo rispetto all’arbitrato individuale. Il caso in esame, infatti, richiedeva disporsi l’invalidità dell’*arbitration agreement* con la conseguenza che, laddove ne fosse stata dichiarata la *unconscionability*, l’azione sarebbe proseguita non già nelle forme dell’arbitrato di classe, bensì in quelle dell’azione di classe disciplinata dalla *Rule 23*. Sicché, semmai, quest’ultima avrebbe dovuto costituire il termine di comparazione per valutare l’efficienza dell’arbitrato individuale ⁽¹⁵¹⁾. Sotto tale ultimo aspetto, inoltre, i giudici dis-

¹⁵¹ *Concepción*, 7 dissenting: “For another thing, the majority’s argument that the *Discover Bank* rule will discourage arbitration rests critically upon the wrong comparison. The majority compares the complexity of class arbitration with that of bilateral arbitration. See ante, at 14. And it finds the former more complex. See *ibid.* But, if incentives are at issue,

senzienti rilevavano nuovamente un difetto lampante del processo motivazionale dell'*opinion of the Court* in quanto la valutazione di efficienza non doveva essere svolta fra un singolo procedimento arbitrale contrapposto ad un procedimento di classe, bensì fra una molteplicità di azioni individuali contrapposta ad una sola azione di classe:

“And a single class proceeding is surely more efficient than thousands of separate proceedings for identical claims. Thus, if speedy resolution of disputes were all that mattered, then the Discover Bank rule would reinforce, not obstruct, that objective of the Act” ⁽¹⁵²⁾.

Da ultimo, i *Justices* dissenzienti evidenziavano come la maggioranza della Corte avesse valutato esclusivamente i ritenuti svantaggi del procedimento di classe senza curarsi di soppesare minimamente i vantaggi di tale forma di azione, già sottolineati dalle sentenze delle Corti californiane inferiori e, precedentemente, dalla sentenza *Keating*. L'evidenza, infatti, suggeriva che l'alternativa all'azione di classe non era costituita dall'azione – giudiziale o arbitrale – individuale, ma semplicemente da nessuna azione:

“In general agreements that forbid the consolidation of claims can lead small dollar claimants to abandon their claims rather than to litigate. I suspect that it is true even here, for as the Court of Appeals recognized, AT&T can avoid the \$7,500 payout (the payout that supposedly makes the Concepcións' arbitration worthwhile) simply by paying the claim's face value, such that “the maximum gain to a customer for the hassle of arbitrating a \$30.22 dispute is still just

the relevant comparison is not “arbitration with arbitration” but a comparison between class arbitration and judicial class actions. After all, in respect to the relevant set of contracts, the Discover Bank rule similarly and equally sets aside clauses that forbid class procedures—whether arbitration procedures or ordinary judicial procedures are at issue”.

¹⁵² *Id.*

\$30.22.” *Laster v. AT&T Mobility LLC*, 584 F. 3d 849, 855, 856 (CA9 2009). What rational lawyer would have signed on to represent the *Concepción*s in litigation for the possibility of fees stemming from a \$30.22 claim? See, e.g., *Carnegie v. Household Int’l, Inc.*, 376 F. 3d 656, 661 (CA7 2004) (“The realistic alternative to a class action is not 17 million individual suits, but zero individual suits, as only a lunatic or a fanatic sues for \$30”)”⁽¹⁵³⁾.

3.4 Gli effetti della decisione *Concepción*: le ulteriori decisioni *Italian Colors* e *Imburgia*

La sentenza *Concepción* determinava, come facilmente immaginabile, un terremoto sociale: la *Discover Bank Rule* era di fatto abrogata e le Corti costrette alternativamente a rassegnarsi a dichiarare, ormai *de plano*, la validità delle *class action waiver clauses* senza alcun margine di discrezionalità valutativa, ovvero a ricercare percorsi motivazionali differenti per dichiararne l’invalidità, cercando di sfruttare la profonda faida sussistente all’interno della Corte Suprema.

Presumibilmente, proprio la frattura esistente fra le contrapposte *opinions* della Corte ha costituito il motivo per cui la medesima, nell’arco di breve, accettava di discutere un caso analogo a quello già trattato con *Concepción*, al fine di consolidare l’orientamento maggioritario ed evitare l’utilizzo delle ipotesi di *distinguishing* finalizzate ad una surrettizia *overruling* della *holding* pronunciata nel *leading case*.

L’opportunità veniva data dal caso *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant* ⁽¹⁵⁴⁾ di cui il *Justice Sotomayor* – precedentemente dissenziente – aveva già conosciuto in grado di appello come giudice del *Nineth Circuit* – e rispetto al quale era, conseguentemente, costretta all’astensione.

¹⁵³ *Id.*, 9.

¹⁵⁴ 570 U.S. ____ (2013).

Italian Colors, ristorante di cucina italiana nello Stato di New York, citava in giudizio, in rappresentanza della classe, American Express contestando una violazione dello *Sherman Act* per aver l'istituto di credito imposto, con abuso di posizione dominante, tasse per l'utilizzo dei propri servizi pari circa al 30% in più rispetto ai propri concorrenti.

American Express depositava una *motion to compel individual arbitration* in considerazione della clausola compromissoria contenuta nel contratto di servizio che, a sua volta, conteneva una *class action waiver clause*. La *District Court* accoglieva la mozione, mentre il *Nineth Circuit* ribaltava la precedente decisione, accertando che, laddove l'arbitrato fosse stato ordinato, i ricorrenti “*would incur prohibitive costs if compelled to arbitrate under the class action waiver clause*”⁽¹⁵⁵⁾. Italian Colors Restaurant, infatti, aveva depositato l'analisi di un esperto che aveva stimato che il costo – non rimborsabile⁽¹⁵⁶⁾ – per un “*expert witness*” cui conferire l'incarico di accertare l'effettiva pratica monopolistica di American Express, avrebbe potuto essere superiore a USD 1 milione, mentre il risarcimento dovuto in caso di accoglimento della domanda sarebbe stato non superiore a USD 12.850 o USD 38.549 laddove fossero stati riconosciuti i danni punitivi (“*treble damages*”) previsti dal *Clayton Act*.

La causa veniva, dunque, portata una prima volta all'attenzione della Corte Suprema che rimandava al *Nineth Circuit* per ulteriore analisi alla luce della decisione *Stolt-Nielsen* assunta *medio tempore*. La Corte d'appello rilevava che la sentenza *Stolt-Nielsen* non si applicava al caso in esame perché non vi era stata rimessione delle parti all'arbitrato di classe. Al contempo, la Corte riteneva anche inapplicabile la sentenza *Concepción* assunta dalla Corte Suprema nelle more, perché il caso in analisi non aveva ad oggetto un caso di *preemption* essendo costruita sulla violazione da parte di American Express di un *Federal Statute*.

La Corte Suprema, adita nuovamente, concedeva dunque il *certiorari* al fine di verificare:

¹⁵⁵ *Id.*, 2.

¹⁵⁶ Per effetto della *American Rule*, v. Cap. 1, § 3.1.

“[w]hether the Federal Arbitration Act permits courts ... to invalidate arbitration agreements on the ground that they do not permit class arbitration of a federal-law claim” ⁽¹⁵⁷⁾.

La decisione, nuovamente favorevole per la piena validità della *class action waiver clause* veniva resa dalla ormai consueta maggioranza di 5 giudici – con la consueta *concurring opinion* del Justice Thomas – ed osteggiata dalla consueta *dissenting opinion* dei restanti giudici, salva l’astensione del Justice Sotomayor ⁽¹⁵⁸⁾.

La *opinion of the Court*, è sintetizzabile in due punti principali.

Il primo, per cui la norma prevista da una legge federale, nel caso di specie la *Section 2* del FAA che esigeva lo svolgimento dell’arbitrato convenuto fra le parti, poteva essere derogata esclusivamente nel caso di “*overriding congressional command*” che non era individuabile né nella *Rule 23* né nello *Sherman or Clayton Acts* ⁽¹⁵⁹⁾.

¹⁵⁷ *Italian Colors*, 3.

¹⁵⁸ Che, come detto, aveva già conosciuto della causa nel precedente grado di giudizio come giudice del *Ninth Circuit*.

¹⁵⁹ *Italian Colors*, 4: “The antitrust laws do not “evinc[e] an intention to preclude a waiver” of class-action procedure. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U. S. 614, 628 (1985). *The Sherman and Clayton Acts make no mention of class actions. In fact, they were enacted decades before the advent of Federal Rule of Civil Procedure 23, which was “designed to allow an exception to the usual rule that litigation is conducted by and on behalf of the individual named parties only.” Califano v. Yamasaki*, 442 U. S. 682, 700–701 (1979). *The parties here agreed to arbitrate pursuant to that “usual rule,” and it would be remarkable for a court to erase that expectation. Nor does congressional approval of Rule 23 establish an entitlement to class proceedings for the vindication of statutory rights. To begin with, it is likely that such an entitlement, invalidating private arbitration agreements denying class adjudication, would be an “abridg[ment]” or modif[ication] of a “substantive right” forbidden to the Rules, see 28 U. S. C. §2072(b). But there is no evidence of such an entitlement in any event. The Rule imposes stringent requirements for certification that in practice exclude most claims. And we have specifically rejected the assertion that one of those requirements (the*

Il secondo, per cui ad avviso della Corte l'inefficienza del rapporto costi-benefici per la promozione dell'azione individuale non integrava comunque i presupposti per una “*judge-made exception to FAA*”. La Corte, infatti, pur riconoscendo l'evidente svantaggio, concludeva rilevando che il costo eccessivo non costituiva una effettiva privazione del diritto di azione, al pari di quanto accadeva prima dell'emanazione della disciplina sull'azione di classe ⁽¹⁶⁰⁾. Rilevava, infine, che ammettere una simile prospettiva significava gravare il procedimento di una fase preliminare – non prevista e non regolamentata – finalizzata ad accertare l'efficienza del rapporto costi-benefici, inammissibile rispetto ai principi del FAA ⁽¹⁶¹⁾.

class-notice requirement) must be dispensed with because the “prohibitively high cost” of compliance would “frustrate [plaintiff ‘s] attempt to vindicate the policies underlying the antitrust” laws. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U. S. 156, 166–168, 175–176 (1974). One might respond, perhaps, that federal law secures a nonwaivable opportunity to vindicate federal policies by satisfying the procedural strictures of Rule 23 or invoking some other informal class mechanism in arbitration. But we have already rejected that proposition in *AT&T Mobility*, 563 U. S., at ____ (slip op., at 9)”.

¹⁶⁰ *Id.*, 7: “But the fact that it is not worth the expense involved in proving a statutory remedy does not constitute the elimination of the right to pursue that remedy. See 681 F. 3d, at 147 (Jacobs, C. J., dissenting from denial of rehearing en banc).³ The class-action waiver merely limits arbitration to the two contracting parties. It no more eliminates those parties’ right to pursue their statutory remedy than did federal law before its adoption of the class action for legal relief in 1938, see *Fed. Rule Civ. Proc.* 23, 28 U. S. C., p. 864 (1938 ed., Supp V); 7A C. Wright, A. Miller, & M. Kane, *Federal Practice and Procedure* §1752, p. 18 (3d ed. 2005). Or, to put it differently, the individual suit that was considered adequate to assure “effective vindication” of a federal right before adoption of class-action procedures did not suddenly become “ineffective vindication” upon their adoption”.

¹⁶¹ *Id.*, 9: “The regime established by the Court of Appeals’ decision would require—before a plaintiff can be held to contractually agreed bilateral arbitration—that a federal court determine (and the parties litigate) the legal requirements for success on the merits claim-by-claim and theory-by-theory, the evidence necessary to meet those requirements, the cost of developing that evidence, and the damages that would be recovered in the event of success. Such a preliminary litigating hurdle would undoubtedly destroy the prospect of speedy resolution that arbitration in

Per tali ragioni, la Corte riformava la sentenza del *Ninth Circuit* rinviando le parti dinanzi all'arbitrato individuale.

Il *Justice* Thomas rendeva la sua *concurring opinion*, ribadendo il convincimento già precedentemente espresso sulla portata della *Section 2* del FAA per cui le difese avanzate da *Italian Colors* non avrebbero consentito la *revocation* non incidendo sul *making of the arbitration agreement*.

La *dissenting opinion* rilasciata dal *Justice* Keagan costituiva, nuovamente, un parere reso in aperta ostilità al *reasoning* della maggioranza in punto di ricostruzione della base processuale e di conseguente applicazione dei precedenti vincolanti della Corte Suprema.

3.4.1 *Segue: la decisione Directv, Inc. v. Imburgia*

L'importanza di tale sentenza, l'ultima in ordine di tempo in materia di *class action waiver clause*, è più simbolica che giuridica. Con tale sentenza, infatti, la Corte Suprema sembra “mostrare i muscoli” nei confronti delle Corti californiane ribelli che, incassate le sentenze *Stolt-Nielsen*, *Concepción* e *Italian Colors*, ricercavano soluzioni alternative e creative per sostenere l'invalidità della *class action waiver clause*.

Il caso *Directv* ⁽¹⁶²⁾, infatti, aveva caratteristiche sostanzialmente identiche al caso *Concepción* trattandosi di un contratto di una emittente televisiva *pay-per-view* che conteneva un *arbitration agreement* ed una *class action waiver clause* con la precisazione che, laddove quest'ultima fosse stata dichiarata *unenforceable* secondo la “*law of your state*”, l'intera clausola compromissoria sarebbe decaduta.

Nel giudicare il caso, le *lower courts* californiane ritenevano inapplicabile la *preemption* del FAA disposta con il caso *Concepción* dacché, a loro avviso, il riferimento contrattuale alla “*law of your state*” doveva intendersi come un riferimento alla

general and bilateral arbitration in particular was meant to secure. The FAA does not sanction such a judicially created superstructure”.

¹⁶² *DIRECTV, Inc. v. Imburgia*, 577 U.S. ____ (2015).

legge pura della California senza l'effetto della *preemption* da parte della legge federale:

“therefore, the court held the parties had in fact included California law as it would have been without federal preemption” ⁽¹⁶³⁾.

La Suprema Corte “*reversed and remanded*” la sentenza della *California Court of Appeal* sulla base delle motivazioni già espresse nel caso *Concepción*, rilevando altresì che l’adesione all’interpretazione della corte d’appello, per cui il richiamo alla legge Californiana doveva intendersi come puro e senza effetto della *preemption*, avrebbe comportato una violazione del FAA in quanto “*does not put arbitration contract on equal footing with all other contracts*” ⁽¹⁶⁴⁾.

In opposizione all’*opinion of the Court* resa dalla maggioranza di 6 *Justices* capeggiati dal *Chief Justice* Roberts, resistevano con separate dissenting opinion il Justice Thomas ed il Justice Ginsburg cui aderiva anche il Justice Stomayor, definitivamente rappresentando una Suprema Corte estremamente divisa e gravemente lacerata in punto di *class action waiver clause*.

4. Gli effetti dell’arbitration agreement e della class action waiver clause

Un’inchiesta giornalistica dell’ottobre 2015 del New York Times ⁽¹⁶⁵⁾ ha ricostruito puntualmente la storia dell’introduzione degli *individual arbitration agreement* e delle *class action waiver clauses* nel sistema commerciale e della

¹⁶³ *Directv*, Syllabus.

¹⁶⁴ *Directv*, Syllabus.

¹⁶⁵ Inchiesta giornalistica composta di tre articoli. J. SILVER-GREENBERG – R. GEBELOFF, *Arbitration Everywhere, Stacking Deck Of Justice*, 1 novembre 2015, p. A1, 22-24; J. SILVER-GREENBERG – M. CORKERY, A ‘Privatization Of the Justice System’, 2 novembre 2015, p. A1, B4-5; M. Corkery – J. SILVER-GREENBERG, *When Scripture Is The Rule Of Law*, 3 novembre 2015, p. A1, B6-7.

prestazione dei servizi del mercato americano, facendo emergere come tale prassi contrattuale costituisse uno specifico piano d'azione della *lobby* bancaria al fine di “*kill class actions and send plaintiffs' lawyers to the employment lines*”.

L'inchiesta giornalistica, poi, si preoccupava di fornire i dati relativi agli effetti della dichiarazione di legittimità degli *individual arbitration agreement* e delle *class action waiver clauses*, ricostruiti attraverso un'analisi dei *records* delle principali corti federali e statali, nonché delle istituzioni arbitrali quali AAA e JAMS. Ebbene, tra il 2010 ed il 2014, delle 1.179 azioni di classe esaminate in cui i *defendants* eccepivano la giurisdizione arbitrale, i giudici accoglievano le tesi difensive con un'incidenza di 4 casi su 5. Per il solo 2014, i giudici certificavano la validità delle *class action waiver clauses* in 134 casi su 162. Dal 2010 al 2014, solo 505 consumatori hanno adito la giurisdizione arbitrale per controversie di valore inferiore ad USD 2.500. Nel medesimo periodo, imprese multinazionali di servizi di consumo, quali Verizon o Time Warner Cable, rispettivamente con 125 e 16 milioni di clienti, hanno affrontato ciascuna 65 e 7 azioni arbitrali introdotte da parte dei loro utenti.

E, ricordano i giornalisti, “*The data provides only part of the picture, since it does not capture the people who were dissuaded from filing class action*”.

L'impatto giudiziario, economico e sociale di una tale prassi contrattuale è stato, dunque, estremamente significativo e, nel prosieguo della trattazione, ci si propone di verificare se un simile scenario è ipoteticamente replicabile nel sistema italiano.

CAPITOLO III

L'AZIONE DI CLASSE IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'azione di classe consumeristica. – 2.1 Forma ed ambito di applicazione dell'azione di classe. – 2.2 L'aderente. – 2.3 La certificazione della classe: il filtro di ammissibilità. – 3. La nuova azione di classe introdotta nel Codice di procedura civile. – 3.1 Oggetto del giudizio e soggetti legittimati all'azione. – 3.2 La certificazione dell'azione: il filtro di ammissibilità. – 3.3 La regolazione del diritto individuale del proponente e gli effetti della sentenza sulle pretese dei membri della classe aderenti. – 3.4 L'aderente e la procedura di adesione post-decisoria. – 3.5 La decisione sulle domande risarcitorie degli aderenti. – 4. Conclusioni

1. Premessa

Lo scenario italiano in materia di azioni di classe ⁽¹⁶⁶⁾ si discosta significativamente dall'esperienza americana sia in meri-

¹⁶⁶ PATTI, *L'esperienza delle class actions in due libri recenti*, RTDPC, 1979, 1559 ss.; DONDI, *Funzione remedial delle injunctive class actions*, RTDPC, 1988, 245 ss.; GIUSSANI, *La prova statistica nelle class actions*, RD PROC, 1989, 1029 ss.; CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una "giusta" efficienza*, CG, 2004, 565 ss.; CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, RDC, 1993; 60, ss.; FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, C IMPR, 2004, 166 ss.;

GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, RDC, Quaderni, 2006, 1 ss.; MACCHIAVELLO, *I “segnali di fumo” delle Corti statunitensi: class actions, nodi gordiani e responsabilità dei produttori di sigarette*, GI, 2007, 1565 ss.; GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova, 1996; RESCIGNO P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, GI, 2000, 2224 ss.; GIUSSANI, *Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo dell'efficienza economica*, RC, 2002, 315 ss.; RESTA, *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, class actions: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, RCDP, 2007, 331 ss.; GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria - La c.d. class action italiana*, Padova, 2008, 1 ss.; PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, RD PROC, 2002, 647 ss.; MARINUCCI, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, RD PROC, 2005, 125 ss.; COSTANTINO, *Note sulle tecniche di tutela collettiva (e disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, RD PROC, 2004, 103; FAVA, *Class actions all'italiana: “Paese che vai, usanza che trovi (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839)”*, CG, 2004, 397; BELLINI, *Class action e mercato finanziario*, D RESP, 2005, 822 ss.; CHIARLONI, *Il nuovo articolo 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, AGE, 2008, 107 ss.; CHINÉ, MICCOLIS (a cura di), *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Bari, 2008; CONSOLO, *L'azione risarcitoria “di nuovo in cantiere”: comunque, quale giurisdizione sulle imprese convenute straniere?*, Int'l Lis, 2008, fascicolo Autunno, 124 ss.; CONSOLO, *Tutela giurisdizionale per adesione ossia senza domanda giudiziale dei consumatori*, RC, 2008, 1701 ss.; CONSOLO, BONA, BUZZELLI, *Obiettivo Class Action*, Milano, 2008; COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'art. 140-bis cod. cons.*, FI, 2008, V, 17 ss.; BALENA, *Aspetti processuali della tutela dei consumatori*, RDC, 2006, 559 ss.; CONSOLO, RIZZARDO, *Class actions “fuori degli USA”: qualcosa si muove anche alle nostre (ex-) frontiere settentrionali almeno quanto al “case management”*, Int'l Lis, 2006, I, 37 ss.; GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008; GIUSSANI, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis cod. cons.*, RD PROC, 2008, 1227; VILMA, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, GPC, 2008, 49; RORDORF, *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis: prime considerazioni (e qualche interrogativo)*, FI, 2010, V, 183 ss.; WINKLER, *L'azione di classe italiana: problemi teorici applicativi di una normativa difficile*, RC, 2010, 1675 ss.; FERRANTE, *La nuova “azione di classe” in Italia*, C IMPR/E, 2011, 1 ss.; GENTILE, *L'azione di classe come azione collettiva risarcitoria di gruppo per la tutela di diritti omogenei. Una class action all'italiana*, RDP, 2011, 99 ss.; GIUSSANI, *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, RTDPC, 2011, 159 ss.; MICONI, *La class action nell'ordinamento italiano: sintesi di una*

to all'elaborazione giuridica sia quanto all'attuazione giudiziaria.

Il sistema interno e, più in generale, il sistema continentale di *civil law*, infatti, non ha sviluppato né storicamente né in epoca contemporanea, una dottrina paragonabile a quella di *common law* in merito alle azioni rappresentative.

I, perverso esigui, precedenti normativi italiani in materia di tutela di diritti diffusi hanno avuto, per lo più, riguardo a forme di azione collettiva per la protezione di interessi generali anziché la regolazione aggregata di diritti individuali facenti capo a ciascun membro della classe quale diritto soggettivo.

Rientrano nel novero l'azione per la repressione delle condotte antisindacali del datore di lavoro previste dallo Statuto dei lavoratori ⁽¹⁶⁷⁾ ovvero quella per la repressione delle discriminazioni di genere sempre in ambito giuslavoristico ⁽¹⁶⁸⁾. In ambito consumeristico, invece, si ricordano le azioni per l'inibitoria dell'uso di clausole vessatorie da parte delle imprese ⁽¹⁶⁹⁾ ovvero quella inibitoria di più ampia applicazione per la repressione degli atti e dei comportamenti lesivi degli interessi

trasformazione, RC, 2008, 678 ss.; CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, FI, 2009, V, 383 ss.; CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, CG, 2009, 1297 ss.; COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: la tela di Penelope*, FI, 2009, V, 388 ss.; COSTANTINO, CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, CG, 2010, 985 ss.; GAMBINO, FALCE, *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, Roma, 2010; GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo*, RD PROC, 2010, 595 ss.; CESARO, BOCCHINI (a cura di), *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti. Commentario all'art. 140-bis del codice del consumo*, Padova, 2012; CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. lineamenti processuali*, Padova, 2012; DI LANDRO, *Interesse dei consumatori e azione di classe*, Napoli, 2012; FEBBRAJO, *L'azione di classe a tutela dei consumatori: profili sostanziali*, Napoli, 2012; FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012.

¹⁶⁷ Articolo 28 della Legge n. 300 del 1970.

¹⁶⁸ Legge n. 903 del 1977.

¹⁶⁹ Articolo 1469-*sexies* del codice civile ed articolo 37 del codice del consumo.

collettivi dei consumatori, finalizzata anche all'imposizione di misure riparatorie ⁽¹⁷⁰⁾.

Il filo conduttore di tali forme di tutela collettiva, tuttavia, è il conferimento della legittimazione all'azione non già al membro in rappresentanza della classe, bensì all'ente esponenziale rappresentante della categoria protetta e, quindi, rispettivamente al sindacato e all'associazione dei consumatori; in ogni caso, ad un soggetto superindividuale portatore di un interesse giuridico proprio distinto rispetto a quello dei singoli, ovvero quello della protezione della categoria rappresentata. È, quindi, bene sottolineare che la legittimazione all'azione per l'ente è originaria e non derivativa, nel senso che essa non dipende da un conferimento di diritti o di mandato all'azione da parte dei soggetti che compongono la categoria tutelata.

In tale ottica, dunque, non si rinviene nelle azioni collettive né un referente interno dell'azione rappresentativa di *common law* né una forma di azione che consenta il ristoro del diritto risarcitorio patito da una classe di soggetti che versano in posizione analoga nei confronti di un unico contraddittore.

I predetti caratteri sono anche assenti nell'ambito della disciplina interna relativa alle procedure concorsuale ed alla protezione della *par condicio creditorum*, dove pure il mondo anglosassone aveva sviluppato la teoria dell'azione rappresentativa per la tutela creditoria di classe, in particolare con riferimento ai *Creditor and Legatee Bills* ⁽¹⁷¹⁾. Nell'ambito delle procedure concorsuali interne e, in particolare, quelle finalizzate alla liquidazione degli *asset* societari come il fallimento, la protezione del diritto creditorio è accordata esclusivamente in favore dei soggetti che attivamente partecipino al concorso dei creditori, differentemente rispetto a quanto accadeva coi *Creditor Bills*: infatti, il curatore fallimentare è solamente onerato di svolgere la comunicazione di cui all'articolo 92 della Legge Fallimentare ⁽¹⁷²⁾ nei confronti di coloro che risultino creditori

¹⁷⁰ Articolo 140 del codice del consumo.

¹⁷¹ v. Cap. 1, § 1.2.

¹⁷² Articolo 92 del Regio Decreto n. 247 del 1940: "*Il curatore, esaminate le scritture dell'imprenditore ed altre fonti di informazione, comu-*

dalle scritture contabili della società e non anche di pagare il credito dei creditori non comparsi al concorso come invece era specifico compito del *Master* nominato dalle corti di *equity* ⁽¹⁷³⁾.

È, dunque, un legislatore privo di tradizione quello che, dopo un travagliatissimo e pluriennale percorso parlamentare, vara nel 2009 la prima norma interna sull'azione di classe mediante l'emanazione dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo: norma che, come meglio vedremo, prende ispirazione dal modello americano della *Rule 23* cercando di importare in Italia uno strumento processuale volto a garantire una tutela diffusa ed omogenea in favore di una pluralità di soggetti che versano in condizione omogenea.

Tuttavia, l'importazione del modello americano della *class action* è stata puramente formale e non sostanziale, cioè limitata ai soli meccanismi processuali, nella presumibile (erronea) convinzione che il motivo del successo d'oltreoceano, in particolare per la tutela dei diritti dei consumatori, dipendesse dal meccanismo procedurale di aggregazione, più che dalle radici sostanziali della disciplina della *class action*.

Il risultato è stato una norma rivelatasi inefficiente e di scarso uso e fruibilità nella prassi giudiziaria ⁽¹⁷⁴⁾: delle azioni

nica senza indugio ai creditori e ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito, a mezzo posta elettronica certificata se il relativo indirizzo del destinatario risulta dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti e, in ogni altro caso, a mezzo lettera raccomandata o telefax presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore:

1) che possono partecipare al concorso trasmettendo domanda con le modalità indicate nell'articolo seguente;

2) la data fissata per l'esame dello stato passivo e quella entro cui vanno presentate le domande;

3) ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda, con l'avvertimento delle conseguenze di cui all'articolo 31 bis, secondo comma, nonché della sussistenza dell'onere previsto dall'articolo 93, terzo comma, n. 5);

4) il suo indirizzo di posta elettronica certificata.

Se il creditore ha sede o risiede all'estero, la comunicazione può essere effettuata al suo rappresentante in Italia, se esistente”.

¹⁷³ v. Cap. 1, § 1.2.

di classe di cui ad oggi consta l'introduzione, 14 hanno ottenuto una declaratoria di inammissibilità; 9 sono state ammesse e, di queste, solo 4 sono state decise nel merito (di cui 3 accolte) ⁽¹⁷⁵⁾. Le azioni che hanno superato il vaglio di ammissibilità, poi, sono state scarsissimamente partecipate in misura di poche unità di aderenti, benché le più recenti iniziative di tutela di classe abbiano mietuto un successo maggiore, probabilmente in ragione della grandissima esposizione mediatica internazionale del caso discusso ⁽¹⁷⁶⁾.

Il risultato dell'esperimento è stato, tuttavia, fallimentare nel complesso conducendo, dunque, il legislatore del 2019 a riformare profondamente la disciplina delle azioni di classe, disponendo la prossima abrogazione dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo e la contestuale entrata in vigore del titolo VIII-*bis* del libro IV del Codice di procedura civile di nuova introduzione, intitolato "*Dei procedimenti collettivi*" ⁽¹⁷⁷⁾. Tale nuovo titolo del codice di rito detta, dall'articolo 840-*bis* all'articolo 840-*quinquiesdecies*, la nuova disciplina dell'azione di classe ⁽¹⁷⁸⁾ applicabile trasversalmente a tutte le materie dell'ordinamento civile, così superando la precedente settorializzazione al solo ambito della tutela consumeristica.

Il superamento della settorializzazione, tuttavia, non costituisce l'unica peculiarità della nuova disciplina che, pur ancora riecheggiante per certi aspetti la formulazione dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo (e, quindi, della *Rule 23*), vira verso un modello del tutto originale ed autoctono di azione di classe, definitivamente distante dalla teoria della rappresentatività ed

¹⁷⁴ Sul sito internet dedicato del Ministero dello Sviluppo Economico, che raccoglie i record delle class action a far data dal 2013, sono presenti meno di 10 notizie circa azioni di classe promosse negli ultimi 6 anni <https://www.mise.gov.it/index.php/it/mercato-e-consumatori/tutela-del-consumatore/class-action/ordinanze-class-action>

¹⁷⁵ Dati riportati dal commentario al Codice del Consumo a cura di V. CUFFARO, Milano, 2015, 968 ss..

¹⁷⁶ Il caso delle emissioni inquinanti Volkswagen, *id.*, 967.

¹⁷⁷ Legge n. 31 del 12 aprile 2019.

¹⁷⁸ L'ultima disposizione del nuovo Titolo, l'articolo 840-*sexiesdecies*, invece, introduce la nuova azione inibitoria che abroga e sostituisce quella del codice settoriale prevista dall'articolo 140 del codice del consumo.

improntato alla modalità di aggregazione delle pretese risarcitorie tipica della disciplina delle procedure concorsuali.

Nei paragrafi che seguono, dunque, si delineeranno gli aspetti salienti delle discipline delle azioni di classe rispettivamente dettate dal codice consumeristico e dal codice di rito limitatamente a quanto di rilievo ai fini della nostra trattazione, ovvero la valutazione della legittimità della possibile introduzione della *arbitration clause* e della *class action waiver clause* nella prassi contrattuale commerciale interna.

Nel far ciò, ci si concentrerà sugli aspetti sostanziali delle due discipline, solo accennando alle questioni procedurali già esaustivamente trattate dalla migliore dottrina, in particolare per quanto riguarda la disciplina consumeristica.

Inoltre, la sommarietà dell'esame che segue, in particolare relativamente alla disciplina consumeristica, si giustifica anche per il fatto che la Legge n. 31 del 2019 che ha introdotto la nuova azione di classe del codice di rito ha, come detto, previsto la prossima abrogazione dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova normativa: entrata in vigore differita di dodici mesi rispetto alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale ⁽¹⁷⁹⁾.

L'esame dell'azione di classe consumeristica, dunque, avrebbe ben potuto essere accantonata se non fosse per quanto previsto dalla disciplina transitoria (malamente) dettata dal comma 2 dell'articolo 7 della predetta Legge 31 del 2019. Tale norma dispone l'applicazione della nuova azione di classe del codice di rito alle sole condotte illecite poste in essere successivamente alla data di entrata in vigore della legge, con perdurante applicazione delle norme precedentemente vigenti per le condotte illecite antecedenti l'entrata in vigore della nuova azione. Testualmente:

“Le disposizioni della presente legge si applicano alle condotte illecite poste in essere successivamente alla

¹⁷⁹ v. articoli 5 e 7 della Legge n. 31 del 2019 pubblicata sulla gazzetta ufficiale del 18 aprile 2019 n. 92. La legge conseguentemente entrerà in vigore in data 18 aprile 2020.

data della sua entrata in vigore. Alle condotte illecite poste in essere precedentemente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti prima della medesima data di entrata in vigore”.

Così disponendo, non risulta affatto chiaro se il legislatore intendesse “derogare” parzialmente all’abrogazione disposta della disciplina consumeristica onde consentire l’esperimento dell’azione di classe dell’(abrogato) articolo 140-*bis* del Codice del consumo per tutte quelle fattispecie occorse fino alla data di entrata in vigore della nuova Legge; e, anche in caso di risposta affermativa al quesito, permane il dubbio circa l’effettiva ammissibilità della proposizione di un’azione di classe fondata su di una normativa espressamente dichiarata abrogata, senza alcuna “deroga” espressa.

Nell’auspicio di un intervento legislativo correttivo o chiarificatore, giova, dunque, affrontare, seppure brevemente, l’azione di classe consumeristica, anche in relazione alla sua rilevanza storica quale normativa pionieristica dell’azione di classe in Italiana.

2. L’azione di classe consumeristica

L’azione di classe consumeristica disciplinata dall’articolo 140-*bis* del Codice del consumo è stata redatta dal legislatore del 2009 ricalcando la disciplina procedurale della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*.

L’azione di classe, infatti, ha la medesima struttura bifasica della *class action*, prevedendo una fase preliminare deputata a verificare l’ammissibilità dell’azione secondo requisiti che riecheggiano quelli d’oltreoceano ⁽¹⁸⁰⁾. In tale fase preliminare, è

¹⁸⁰ v. articolo 140-*bis*, comma 6 del Codice del consumo: “All’esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull’ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un’istruttoria davanti a un’autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La do-

prevista la possibilità di partecipazione del pubblico ministero a cui l'atto introduttivo del giudizio deve essere notificato per le valutazioni di propria competenza ⁽¹⁸¹⁾. Ove positivamente superata la fase preliminare di ammissibilità, il giudice emette ordinanza – reclamabile ⁽¹⁸²⁾ – con cui dichiara ammissibile l'azione e dispone che della pendenza della lite sia data adeguata pubblicità, quale condizione di procedibilità della domanda ⁽¹⁸³⁾: ciò, al fine di consentire ai membri della classe – i cui caratteri sono descritti dall'ordinanza di ammissibilità ⁽¹⁸⁴⁾ – di

manda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe".

¹⁸¹ v. articolo 140-bis del Codice del consumo, comma 5: *"La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità"*.

¹⁸² v. articolo 140-bis del Codice del consumo, comma 7: *"L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale"*.

¹⁸³ v. articolo 140-bis del Codice del consumo, comma 9: *"Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda"*.

¹⁸⁴ v. articolo 140-bis del Codice del consumo, comma 9: *"Con la stessa ordinanza il tribunale:*

a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;

b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet".

aderire all'azione ⁽¹⁸⁵⁾. La pubblicità *de qua*, dunque, assolve nei due modelli, quello italiano e quello americano, una funzione specularmente contrapposta: nel primo, infatti, la pubblicità ha lo scopo di rendere nota la pendenza dell'azione di classe e di consentire ai membri della classe l'adesione cosicché i medesimi possano fare propri gli effetti della sentenza resa all'esito del giudizio che farà stato anche in merito al loro diritto risarcitorio/restitutorio ⁽¹⁸⁶⁾. Tale meccanismo è noto come sistema di *opt-in*, nel senso che subordina l'efficacia della decisione resa in giudizio in favore dei membri della classe ad una espressa manifestazione di volontà di questi ultimi che, conseguentemente, hanno una partecipazione al giudizio effettiva (con le precisazioni di cui *infra*) e non meramente virtuale, come nel sistema delle azioni rappresentative di *common law*.

Nel sistema americano, di contro, vige il principio (visto) dell'*opt-out* ⁽¹⁸⁷⁾, sicché la pubblicità ha la funzione di consentire ai membri della classe dissenzienti di declinare l'estensione degli effetti della sentenza nei loro confronti.

Al pari del modello americano, poi, la struttura dell'azione è scarsamente dettagliata e delega al giudice l'amministrazione del processo secondo la modalità che consenta la trattazione più sollecita e rispettosa del contraddittorio ⁽¹⁸⁸⁾.

¹⁸⁵ v. articolo 140-bis del Codice del consumo, comma 3: “*I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione*”.

¹⁸⁶ v. articolo 140-bis, comma 14 del Codice del Consumo: “*La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti*”.

¹⁸⁷ v. Cap. 1, § 3.1.

¹⁸⁸ v. articolo 140-bis, comma 11: “*11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita ge-*

La sentenza resa all'esito del giudizio, dunque, regola il diritto risarcitorio/restitutorio individuale del proponente, nonché di tutti i membri della classe che abbiano aderito al giudizio, eventualmente disponendo una liquidazione equitativa del danno dovuto agli aderenti ovvero disponendo una statuizione di condanna generica che permette alle parti di tentare la transazione circa il *quantum* dovuto poi individualmente: in mancanza di accordo, interviene nuovamente il giudice ⁽¹⁸⁹⁾.

Elemento differenziale di rilievo riguarda, invece, l'ambito di applicazione, oggettivo e soggettivo, della norma in esame, considerato che, come diffusamente anticipato, il legislatore del 2009 relegava l'azione di classe alla sola difesa dei diritti dei consumatori, con ulteriore specifica individuazione delle fattispecie protette dalla tutela collettiva.

stione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio”.

¹⁸⁹ v. articolo 140-bis, comma 12: “Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In questo ultimo caso il giudice assegna alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza”.

2.1 *Forma ed ambito di applicazione dell'azione di classe*

L'articolo 140-bis del Codice del consumo, così come riformato dalla novella legislativa del 2012, prevede:

“I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

2. L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela:

a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”.

La legittimazione all'azione di classe, dunque, spetta esclusivamente in capo ad un soggetto qualificato, ovvero il consumatore che, ai sensi dell'articolo 3 del medesimo codice è “*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*”. La legittimazione dell'associazione, invece, è derivativa quale rappresentante processuale del consumatore che,

a tal fine, può conferire all'ente espresso mandato di introdurre l'azione di classe.

Considerata la qualificazione del consumatore come l'unico legittimato attivo all'azione di classe, le fattispecie susseguentemente disciplinate dalla norma in cui può trovare attuazione la tutela speciale sono tutte dipendenti da un atto di consumo svolto dall'attore (l'acquisto di beni o servizi) che rileva quale fatto storico che giustifica la pretesa restitutoria/risarcitoria, anche in quei casi in cui la responsabilità dell'impresa convenuta è di tipo aquiliano, come previsto dalla lettera b) o c) del comma 2. Ciò lascia intendere, pertanto, che il legislatore del 2009 immaginava l'azione di classe come strumento destinato soprattutto alla tutela di quei microcrediti risarcitori/restitutori spettanti ai consumatori quali vittime di illeciti seriali occasionati da identici rapporti di consumo e, quindi, di entità tendenzialmente commisurata al valore del bene o del servizio acquistato ⁽¹⁹⁰⁾: ragione che giustifica la modalità di liquidazione equitativa, eventualmente rafforzata da un criterio di calcolo differenziato in base all'atto di consumo ⁽¹⁹¹⁾.

Tale considerazione sembra rafforzare, pertanto, l'idea di un legislatore che, guardando al modello americano, appariva suggestionato più dalla funzione quasi pubblicistica della *class action* quale catalizzatrice di *small claims* e riequilibratrice della sperequazione contrattuale e processuale fra consumatore e *big firms*, piuttosto che dalla sua funzione storica e sostanziale, così ponendo l'attenzione esclusivamente alla ricerca di modello processuale assimilabile a quello della *Rule 23* idoneo, in tesi, a replicarne il successo anche nell'ordinamento interno.

2.2 L'aderente

La normativa consumeristica, come detto, consente ai membri della classe di aderire all'azione promossa dal proponente e, in caso di positiva valutazione dei requisiti di ammissibilità

¹⁹⁰ *funditus*, ZUFFI, in CONSOLO-ZUFFI, op. cit., 85.

¹⁹¹ v. articolo 140-bis, comma 12 del codice del consumo.

previsti dall'articolo 140-*bis* comma 6, di essere vincolati dagli effetti (positivi o negativi) della decisione resa nell'ambito del giudizio di classe. È bene sottolineare che, ai sensi del comma 3 dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo, l'adesione dei membri della classe all'azione promossa dal proponente può essere anche preventiva rispetto all'introduzione del giudizio, considerato che il termine per l'adesione stabilito con l'ordinanza di ammissibilità è esclusivamente un termine finale e perentorio per l'adesione.

Ciò premesso, l'esame della normativa relativa all'aderente ed all'adesione dettata dall'articolo 140-*bis* è estremamente rilevante al fine di determinare la natura dell'azione di classe consumeristica nel suo complesso. In merito alla figura dell'aderente, la disciplina di classe prevede quanto segue:

(i) l'adesione può, come detto, essere addirittura preventiva all'introduzione del giudizio potendo essere depositata in giudizio anche tramite l'attore, purché entro il termine finale previsto dall'ordinanza di ammissibilità ⁽¹⁹²⁾;

(ii) l'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo nei confronti del medesimo convenuto ⁽¹⁹³⁾;

(iii) la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti ⁽¹⁹⁴⁾;

(iv) le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti ⁽¹⁹⁵⁾ che, conseguentemente, tornano liberi di esercitare l'azione, individuale o di classe, nei confronti del convenuto;

(v) è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva ⁽¹⁹⁶⁾;

(vi) è escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del Codice di procedura civile ⁽¹⁹⁷⁾.

¹⁹² Articolo 140-*bis* del codice del consumo, comma 3, terzo periodo.

¹⁹³ Articolo 140-*bis* del codice del consumo, comma 3.

¹⁹⁴ Articolo 140-*bis* del codice del consumo, comma 14, primo alinea

¹⁹⁵ Articolo 140-*bis* del codice del consumo, comma 15.

¹⁹⁶ Articolo 140-*bis* del codice del consumo, comma 14, secondo alinea.

¹⁹⁷ Articolo 140-*bis* del codice del consumo, comma 10.

Dalle indicazioni normative sopra descritte, la dottrina e la giurisprudenza, con orientamento unanime, hanno raggiunto due chiare conclusioni.

In primo luogo, l'esercizio dell'azione di classe da parte del proponente non comporta alcuna interferenza nei diritti, processuali e sostanziali, dei membri della classe rimasti esterni al giudizio, salvo che questi non decidano spontaneamente di aderire all'azione mediante atto di adesione ⁽¹⁹⁸⁾.

In secondo luogo, l'aderente, mediante l'atto di adesione, acquista la qualifica di parte sostanziale del giudizio, ma non quella di parte formale del processo, non potendosi riconoscere alla domanda di adesione la funzione tipica di domanda giudiziale ed essendo precluso l'intervento di terzi in giudizio, con conseguente preclusione per l'aderente all'esercizio, in via autonoma, delle facoltà processuali difensive ⁽¹⁹⁹⁾. La natura dell'atto di adesione e della conseguente posizione processuale dell'aderente è, tutt'oggi, fonte di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, benché la più attenta dottrina ⁽²⁰⁰⁾ e la migliore giurisprudenza di merito ⁽²⁰¹⁾ abbiano concluso per riconoscere

¹⁹⁸ CONSOLO, in CONSOLO, ZUFFI, 2012, 149; Porreca, *Ambito oggettivo dell'azione di classe*, EUR DIR PRIV 2010, 551.

¹⁹⁹ L'articolo 140-bis non prevede, infatti, che gli aderenti possano formulare istanze o svolgere deduzioni nel giudizio di classe (conformemente, Tribunale di Torino 10 aprile 2014) né che siano condannati alle spese in caso di reiezione della domanda. GIUSSANI (2010, 599 ss.), assoggetta i consumatori/utenti allo stesso trattamento riservato ai contumaci con una serie di correttivi e distinguo. L'articolo in parola, neppure prevede un potere dell'aderente di impugnazione avverso la sentenza conclusiva, sebbene il giudicato sostanziale collettivo sia ad essi opponibile. CONSOLO (in CONSOLO, ZUFFI, 2012, 124 ss.) ritiene l'atto di adesione idoneo ad emendare la domanda-contenitore proposta dal consumatore-utente attore, determinando la ricomprensione nel *petitum* condannatorio/restitutorio collettivo della specifica situazione soggettiva dell'aderente, così consentendo al giudice di inserire nel dispositivo della sentenza di accoglimento il nominativo del singolo aderente tra i titolari a fruire dell'esecutività del titolo.

²⁰⁰ CONSOLO, in CONSOLO, ZUFFI, 2012, 123; conforme WINKLER, 2010, 1691; DE STEFANO, *L'azione di classe*, GM, 2010, 1505.

²⁰¹ Tribunale di Roma, VIII, ord. 25 marzo 2011 n. 2784 e 2794 ove si legge che la peculiarità del processo *ex* articolo 140-bis “*consiste nel fatto che la tutela di determinati diritti omogenei può essere chiesta da un sin-*

all'atto di adesione dell'aderente un valore che al giurista di *common law*, avvezzo alla teoria dell'azione rappresentativa, appare quasi scontato: ovvero quello di mandato di rappresentanza sostanziale e processuale ai sensi degli articoli 77 e 81 del Codice di procedura civile.

Effettivamente, tale interpretazione è convincente, in quanto il proponente l'azione di classe conduce il giudizio in vista di una positiva realizzazione di cui beneficiano tutti gli aderenti, avvalendosi non soltanto delle proprie deduzioni difensive, ma anche di quelle di tutti i membri della classe aderenti, tanto da imporre al giudice di *"prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomentazioni"* ⁽²⁰²⁾.

Il riconoscimento della funzione rappresentativa del proponente riavvicina il modello italiano dell'azione di classe al modello statunitense della *class action*, benché, come detto, nell'ordinamento interno l'effetto della rappresentanza in giudizio dipende da un atto volontario e tipico (quello previsto dall'articolo 77 del Codice di procedura civile) adottato da parte del membro della classe.

Ricostruita in tali termini, l'azione di classe consumeristica non sembra introdurre teorie o istituti sostanziali innovativi o ulteriori rispetto a quelli già noti ed in vigore nell'ordinamento interno, sicché alla relativa disciplina sembra doversi riconoscere funzione meramente processuale, un rito speciale – parallelo a quello ordinario – per la tutela di diritti risarcitori/restitutori seriali facenti capo ad una pluralità di soggetti che versano in condizione omogenea; sicché, il pregio della disciplina speciale appare quello, puramente formale, di facilitare ed incentivare l'aggregazione dei soggetti che versano in condizione analoga mediante le forme di pubblicizzazione dell'azione e la possibili-

golo soggetto il quale, con l'introduzione del giudizio, assume una duplice posizione: quella di parte — sostanziale e processuale — di causa e quella (eventuale) di sostituto processuale di tutti i consumatori/utenti che si trovino nei confronti del soggetto convenuto nella stessa situazione (o che siano titolari degli stessi diritti) e che decidano di aderire all'azione esperita dal promotore".

²⁰² v. articolo 140-bis, comma 11 del codice del consumo.

tà di aderire – ovvero, conferire il mandato di rappresentanza processuale – in un momento successivo all'introduzione del giudizio senza perciò incorrere nelle decadenze, deduttive e probatorie, che maturerebbero nel procedimento ordinario. Va però sottolineato – e l'argomento sarà sostanziale per il prosieguo – che un medesimo meccanismo assimilabile all'azione di classe sarebbe esperibile anche in assenza di legge speciale, essendo sufficiente all'attore assumere il mandato di rappresentanza da parte dei membri della classe prima dell'introduzione del giudizio ordinario ove agire anche in nome e per conto di questi ultimi.

2.3 *La certificazione della classe: il filtro di ammissibilità*

Accolte le conclusioni di cui al paragrafo che precede circa la natura dell'azione di classe consumeristica, l'imposizione da parte del legislatore della fase processuale preliminare deputata alla verifica di ammissibilità non appare imposta da esigenze di tutela straordinarie rispetto a quelle rinvenibili in un ordinario procedimento di cognizione.

Partendo dall'inizio: il comma 6 dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo introduce il vaglio preliminare di ammissibilità sulla base dei seguenti requisiti:

“All’esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull’ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un’istruttoria davanti a un’autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l’omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l’interesse della classe”.

Non v'è dubbio che nel dettare tale peculiare disciplina il legislatore del 2009 si sia lasciato suggestionare dalla normativa americana relativa alla *certification of the class* prevista dalla *Rule 23* ⁽²⁰³⁾, dacché la manifesta infondatezza, il conflitto di interessi e l'adeguatezza alla cura degli interessi della classe sono, come visto, tutti aspetti del più generale requisito di *adequacy* elaborato dalla giurisprudenza d'oltreoceano ⁽²⁰⁴⁾. Inoltre, anche il requisito dell'omogeneità dei diritti individuali altro non è che l'aggiustamento al diritto interno, *mutatis mutandis*, del requisito statunitense della *typicality*.

Nonostante la pressoché pedissequa replicazione normativa, non è, però, possibile riconoscere alla fase preliminare di filtro di ammissibilità italiana quella funzione di protezione e di tutela dei membri della classe tipica della *certification of the class* dell'ordinamento americano. D'altro canto, il fatto che il proponente agisca quale mero rappresentante processuale dei diritti dei membri della classe a seguito di mandato volontariamente conferito da parte dei medesimi non giustifica uno scrutinio delle sue capacità assente per il procedimento ordinario: si tratterebbe, in effetti di un'ingerenza giudiziale nella sfera privatistica delle parti in giudizio esorbitante ed ingiustificata, soprattutto in considerazione del fatto che il membro della classe, ove decida di non aderire, non sarebbe pregiudicato nel suo diritto di azione individuale. Neppure varrebbe a giustificare una tale eccessiva forma di protezione il collocamento della disciplina dell'azione di classe all'interno della materia della tutela dei diritti dei consumatori, considerato che ove la *ratio* dell'imposizione del filtro si giustificasse *ratione materiae*, analoga previsione avrebbe dovuto essere adottata con carattere diffuso, imponendo una selezione ed un conseguente scrutinio di adeguatezza del rappresentante in tutte le ipotesi, estranee all'azione di classe, di conferimento di mandato di rappresentanza processuale.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta anche parte della dottrina, diffidando dell'indispensabilità del vaglio preliminare di

²⁰³ v. Cap. 1, § 3.1.

²⁰⁴ v. Cap. 1, § 3.2.

ammissibilità contemplato dalla normativa seppur sotto diverso angolo visuale. Ad avviso degli autori, infatti, l'adozione del sistema di *opt-in*, nonché la delimitazione del campo oggettivo di operatività alla sola materia consumeristica, rendono le azioni di classe scarsamente minacciose, considerato che la quantificazione risarcitoria molto difficilmente potrebbe essere corrispondente al danno dovuto in favore della classe intera ⁽²⁰⁵⁾, come effettivamente la prassi giudiziaria ha dimostrato ⁽²⁰⁶⁾; in tale ottica, il filtro di ammissibilità è un presidio a protezione delle imprese che potrebbero essere minacciate da azioni di classe temerarie e di mero carattere esemplare.

Sulla base di tali considerazioni è stato anche avanzato il dubbio – non condiviso dalla giurisprudenza ⁽²⁰⁷⁾ – di legittimità costituzionale della norma in esame, laddove il filtro di ammissibilità avrebbe potuto celare una indebita compressione del diritto di azione, determinando uno sbilanciamento eccessivo del sistema verso una tutela dell'impresa convenuta in giudizio ⁽²⁰⁸⁾.

A mio avviso, alla fase preliminare o, in ogni caso, alla bifasicità del rito non può essere conferito carattere di tutela di rilevanza pubblica come accade nel sistema americano; allo stato, tale struttura ha il solo pregio di consentire al membro della classe una scelta pienamente informata se aderire o meno, fatta avendo contezza dell'attività processuale proposta da parte del proponente che, ove ritenuta inadeguata determinerà il membro della classe a non aderire senza che vi sia pregiudizio per il proprio diritto di azione individuale.

Non è però da nascondere che, anche sotto tale angolo visuale, non mi pare si giustifichi l'ingerenza giudiziale prevista dalla

²⁰⁵ CONSOLO, in CONSOLO, ZUFFI, 2012, 175.

²⁰⁶ v. § 1.

²⁰⁷ Tribunale di Torino, I, ord. 7 aprile 2011 n. 90030 che, pronunciandosi sul supposto contrasto dell'articolo 140-*bis*, comma 6 del codice del consumo, con gli articoli 3, 24 e 111 della costituzione, ha ritenuto la questione manifestamente infondata.

²⁰⁸ CONSOLO, in CONSOLO, ZUFFI, 2012, 176; analoghe perplessità sono state mosse anche da GIUSSANI, 2010, 603 e COSTANTINO, 2010, § 5; *contra*, CAPONI, 2009, 386.

fase di filtro preliminare di ammissibilità, dovendosi semmai riservare al solo membro della classe la valutazione di adeguatezza rilevante ai fini dell'adesione né realizzando il filtro una funzione di pubblica utilità ai fini del deflazionamento del contenzioso; sarebbe, infatti, l'eventuale dichiarazione di inammissibilità dell'azione a provocare l'effetto di far proliferare le azioni risarcitorie individuali.

3. La nuova azione di classe introdotta nel Codice di procedura civile

Anche la struttura della nuova azione di classe di cui agli articoli 840-*bis* e ss. del Codice di procedura civile prevede un procedimento bifasico, benché la dicotomia processuale abbia caratteri e natura molto diversi rispetto a quelli previsti dall'articolo 140-*bis* del Codice del consumo.

Tratteggiando il rito, a grandi linee, infatti, la disciplina prevede una prima fase di cognizione con un contraddittorio limitato fra il solo proponente ed il resistente, finalizzato all'accertamento esclusivamente del diritto risarcitorio/restitutorio del primo nei confronti del secondo ⁽²⁰⁹⁾: infatti,

²⁰⁹ v. articolo 840-bis del Codice di procedura civile: *“I diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo.*

A tale fine, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Ai fini di cui al periodo precedente, ferma la legittimazione di ciascun componente della classe, possono proporre l'azione di cui al presente articolo esclusivamente le organizzazioni e le associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia.

L'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici.

benché la disciplina preveda, al pari dell'articolo 140-bis del Codice del consumo, una fase preliminare di vaglio di ammissibilità dell'azione ⁽²¹⁰⁾ ed una conseguente possibilità per i

In ogni caso, resta fermo il diritto all'azione individuale, salvo quanto previsto all'articolo 840-undecies, nono comma.

Non è ammesso l'intervento dei terzi ai sensi dell'articolo 105.

Nel caso in cui, a seguito di accordi transattivi o conciliativi intercorsi tra le parti, vengano a mancare in tutto le parti ricorrenti, il tribunale assegna agli aderenti un termine, non inferiore a sessanta giorni e non superiore a novanta giorni, per la prosecuzione della causa, che deve avvenire con la costituzione in giudizio di almeno uno degli aderenti mediante il ministero di un difensore. Nel caso in cui, decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo, non avvenga la prosecuzione del procedimento, il tribunale ne dichiara l'estinzione. A seguito dell'estinzione, resta comunque salvo il diritto all'azione individuale dei soggetti aderenti oppure all'avvio di una nuova azione di classe”.

²¹⁰ v. articolo 840-ter del Codice di procedura civile: “La domanda per l'azione di classe si propone con ricorso esclusivamente davanti alla sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, è pubblicato, a cura della cancelleria ed entro dieci giorni dal deposito del decreto, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia, in modo da assicurare l'agevole reperibilità delle informazioni in esso contenute.

Il procedimento è regolato dal rito sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis e seguenti ed è definito con sentenza, resa nel termine di trenta giorni successivi alla discussione orale della causa. Non può essere disposto il mutamento del rito. Entro il termine di trenta giorni dalla prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. Restano ferme le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3.

La domanda è dichiarata inammissibile:

- a) quando è manifestamente infondata;*
- b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840-bis;*
- c) quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente;*
- d) quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio.*

L'ordinanza che decide sull'ammissibilità è pubblicata, a cura della cancelleria, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui al secondo comma, entro quindici giorni dalla pronuncia.

membri della classe di aderire all'azione ⁽²¹¹⁾, è da sottolineare che il giudizio introdotto dal proponente si chiude con una sentenza che regola esclusivamente il diritto risarcitorio/restitutorio dal medesimo avanzato in giudizio, con espressa esclusione di quelli facenti capo ai membri della classe eventualmente aderenti ⁽²¹²⁾. L'accertamento del diritto creditorio/restitutorio di questi ultimi, nonché di tutti gli altri membri della classe che decidano di aderire successivamente all'emissione della senten-

Quando l'inammissibilità è dichiarata a norma del quarto comma, lettera a), il ricorrente può riproporre l'azione di classe quando si siano verificati mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto.

L'ordinanza che decide sull'ammissibilità dell'azione di classe e' reclamabile dalle parti davanti alla corte di appello nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o dalla sua notificazione, se anteriore. Sul reclamo la corte di appello decide, in camera di consiglio, con ordinanza entro trenta giorni dal deposito del ricorso introduttivo del reclamo. In caso di accertamento dell'ammissibilità della domanda, la corte di appello trasmette gli atti al tribunale adito per la prosecuzione della causa. Il reclamo avverso le ordinanze ammissive non sospende il procedimento davanti al tribunale.

Con l'ordinanza di inammissibilità e con quella che, in sede di reclamo, conferma l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese”.

²¹¹ v. articolo 840-quinquies, comma 1 del Codice di procedura civile: “Con l'ordinanza con cui ammette l'azione di classe, il tribunale fissa un termine perentorio non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza nel portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-ter, secondo comma, per l'adesione all'azione medesima da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei e provvede secondo quanto previsto dall'articolo 840-sexies, primo comma, lettera c). Si applica in quanto compatibile l'articolo 840-septies. L'aderente non assume la qualità di parte e ha diritto ad accedere al fascicolo informatico e a ricevere tutte le comunicazioni a cura della cancelleria. I diritti di coloro che aderiscono a norma del presente comma sono accertati secondo le disposizioni di cui all'articolo 840-octies, successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe”.

²¹² v. articolo 840-sexies del Codice di procedura civile: “Con la sentenza che accoglie l'azione di classe, il tribunale:

a) provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'organizzazione o da un'associazione inserita nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma”

za, è deputato ad una ulteriore fase di cognizione post-decisoria, improntata, quanto alla forma, al concorso dei creditori tipico delle procedure concorsuali e, in particolare, della procedura fallimentare ⁽²¹³⁾. L'apertura della fase di adesione post-decisoria è subordinata all'accertamento che il resistente abbia leso diritti individuali omogenei: statuizione resa nella sentenza emessa dal giudice adito dall'azione di classe promossa dal proponente ⁽²¹⁴⁾. In tale ipotesi, il giudice, con la medesima sen-

²¹³ v. articolo 840-octies del Codice di procedura civile: “Entro il termine perentorio di centoventi giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 840-sexies, primo comma, lettera e), il resistente deposita una memoria contenente le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti dagli aderenti a fondamento della domanda ed eccependo i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei diritti fatti valere dagli aderenti. I fatti dedotti dagli aderenti e non specificatamente contestati dal resistente nel termine di cui al presente comma si considerano ammessi.

Il rappresentante comune degli aderenti, entro novanta giorni dalla scadenza del termine di cui al primo comma, predispone il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, rassegnando per ciascuno le sue motivate conclusioni, e lo deposita; il progetto e' comunicato agli aderenti e al resistente. Il rappresentante comune può chiedere al tribunale di nominare uno o più esperti di particolare competenza tecnica che lo assistano per la valutazione dei fatti posti dagli aderenti a fondamento delle domande.

Il resistente e gli aderenti, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al secondo comma, possono depositare osservazioni scritte e documenti integrativi. Nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale.

Il rappresentante comune, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al terzo comma, apporta le eventuali variazioni al progetto dei diritti individuali omogenei e lo deposita nel fascicolo informatico.

Il giudice delegato, con decreto motivato, quando accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione, condanna il resistente al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo ed è comunicato al resistente, agli aderenti, al rappresentante comune e ai difensori di cui all'articolo 840-novies, sesto e settimo comma.

A favore del difensore di cui l'aderente si sia avvalso e' dovuto un compenso determinato con decreto del Ministro della giustizia, adottato a norma dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247.”

²¹⁴ v. articolo 840-sexies, comma 1 del Codice di procedura civile: “Con la sentenza che accoglie l'azione di classe, il tribunale: (...) b) ac-

tenza, definisce altresì la classe e concede il termine per l'adesione, designando il giudice delegato dinanzi al quale si svolgerà la procedura di adesione post-decisoria; infine, con la sentenza viene, altresì, nominato il rappresentante comune degli aderenti fra coloro che abbiano i requisiti per esercitare la funzione di curatore fallimentare ⁽²¹⁵⁾: quest'ultimo, nella procedura di adesione post-decisoria, agisce quale rappresentante processuale e sostanziale degli aderenti ricevendo a ciò espresso mandato contenuto nell'atto di adesione ⁽²¹⁶⁾. Compito del rap-

certa che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei”.

²¹⁵ v. articolo 840-sexies, comma 1 del Codice di procedura civile: “Con la sentenza che accoglie l'azione di classe, il tribunale: (...) ”

c) definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b), specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti di cui alla lettera e);

d) stabilisce la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b);

e) dichiara aperta la procedura di adesione e fissa il termine perentorio, non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni, per l'adesione all'azione di classe da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei di cui alla lettera b) nonché per l'eventuale integrazione degli atti e per il compimento delle attività da parte di coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-quinquies, primo comma; il termine decorre dalla data di pubblicazione della sentenza nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-ter, secondo comma;

f) nomina il giudice delegato per la procedura di adesione;

g) nomina il rappresentante comune degli aderenti tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare;

h) determina, ove necessario, l'importo da versare a cura di ciascun aderente, ivi compresi coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-quinquies, primo comma, a titolo di fondo spese e stabilisce le modalità di versamento”.

²¹⁶ Cfr. articolo 840-septies del Codice di procedura civile: “L'adesione all'azione di classe si propone mediante inserimento della relativa domanda nel fascicolo informatico, avvalendosi di un'area del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-ter, secondo comma.

La domanda di cui al primo comma, a pena di inammissibilità, deve contenere: (...) ”

h) il conferimento al rappresentante comune degli aderenti, già nominato o che sarà nominato dal giudice, del potere di rappresentare

presentante comune degli aderenti è, dunque, quello di predisporre il progetto dei diritti individuali omogenei con il quale il medesimo prende posizione in merito a ciascuna domanda risarcitoria/restitutoria presentata da parte degli aderenti dopo una loro verifica svolta in contraddittorio con l'impresa convenuta ⁽²¹⁷⁾. Il progetto dei diritti individuali omogenei è sottoposto, dunque, al giudice delegato che emette decreto motivato – impugnabile ⁽²¹⁸⁾ – decidendo la pretesa risarcitoria/restitutoria

l'aderente e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi al diritto individuale omogeneo esposto nella domanda di adesione”.

²¹⁷ v. articolo 840-octies del codice di procedura civile.

²¹⁸ v. articolo 840-undecies del Codice di procedura civile “*Contro il decreto di cui all'articolo 840-octies, quinto comma, può essere proposta opposizione con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale.*

Il ricorso può essere proposto dal resistente, dal rappresentante comune degli aderenti e dagli avvocati di cui all'articolo 840-novies, sesto e settimo comma, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento.

Gli avvocati di cui al periodo precedente possono proporre motivi di opposizione relativi esclusivamente ai compensi e alle spese liquidati con il decreto impugnato.

Il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto, fatta salva la facoltà del tribunale di disporre diversamente su istanza di parte in presenza di gravi e fondati motivi. Esso deve contenere:

- a) l'indicazione del tribunale competente;*
- b) le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito;*
- c) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'opposizione, con le relative conclusioni.*

Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro quaranta giorni dal deposito. Il giudice delegato non può far parte del collegio.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere comunicato ai controinteressati entro cinque giorni dal deposito del decreto. Il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto.

L'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabilito per la costituzione della parte resistente, con le modalità per questa previste.

contenuta in ciascuna domanda di adesione ⁽²¹⁹⁾: decisione eseguibile coattivamente nei confronti del convenuto solo in forma collettiva ⁽²²⁰⁾ ove l'impresa non provveda spontaneamente al pagamento ⁽²²¹⁾. Il membro della classe che abbia aderito potrà

Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto indicarli o produrli prima, per causa ad essa non imputabile.

Entro trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti, il tribunale provvede con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento impugnato.

L'aderente può proporre azione individuale a condizione che la domanda di adesione sia stata revocata prima che il decreto sia divenuto definitivo nei suoi confronti".

²¹⁹ v. articolo 840-octies, penultimo comma del codice di procedura civile.

²²⁰ V. 840-terdecies del codice di procedura civile: "L'esecuzione forzata del decreto di cui all'articolo 840-octies, quinto comma, e' promossa dal rappresentante comune degli aderenti, che compie tutti gli atti nell'interesse degli aderenti, ivi compresi quelli relativi agli eventuali giudizi di opposizione. Non e' mai ammessa l'esecuzione forzata di tale decreto su iniziativa di soggetti diversi dal rappresentante comune.

Devono essere trattenute e depositate nei modi stabiliti dal giudice dell'esecuzione le somme ricavate per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora divenuti definitivi.

Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano relativamente ai crediti riconosciuti, con il decreto di cui all'articolo 840-octies, quinto comma, in favore del rappresentante comune e degli avvocati di cui all'articolo 840-novies, sesto e settimo comma.

Il compenso dovuto al rappresentante comune e' liquidato dal giudice in misura non superiore a un decimo della somma ricavata, tenuto conto dei criteri di cui all'articolo 840-novies, quarto comma. Il credito del rappresentante comune liquidato a norma del presente articolo nonche' quello liquidato a norma dell'articolo 840-novies, commi primo e secondo, hanno privilegio, nella misura del 75 per cento, sui beni oggetto dell'esecuzione.

Il rappresentante comune non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che per i procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale".

²²¹ v. articolo 840-duodecies del Codice di procedura civile: "Quando il debitore provvede spontaneamente al pagamento delle somme stabilite con il decreto di cui all'articolo 840-octies, quinto comma, le somme sono versate su un conto corrente bancario o postale intestato alla procedura aperta con la sentenza di cui all'articolo 840-sexies e vincolato all'ordine del giudice. Il rappresentante comune degli aderenti deposita con la mas-

revocare la propria adesione, ovvero, il mandato al rappresentante comune degli aderenti, fintantoché il decreto del giudice delegato non sia divenuto definitivo, recuperando così la facoltà di esercitare il diritto risarcitorio in un giudizio individuale nei confronti dell'impresa convenuta (²²²).

Resta, ovviamente, inteso che l'esperimento dell'azione di classe da parte del proponente non pregiudica il diritto di azione individuale liberamente esercitabile da parte di ciascun membro della classe (²²³).

Già da quanto sopra brevemente illustrato, si comprende appieno come il legislatore del 2019 abbia definitivamente abbandonato il modello dell'azione di classe di stampo consumeristico ispirata a quella americana, virando decisamente verso un'azione originale di mera aggregazione – *recte*, concorso – dei diritti individuali di soggetti che versano in posizione analoga.

Nel prosieguo, pertanto, si approfondiscono gli aspetti peculiari della nuova normativa relativi all'oggetto del giudizio, all'ammissibilità dell'azione, alla decisione ed alla successiva fase di adesione post-decisoria, senza dimenticare di individuare le caratteristiche rilevanti ai fini della successiva trattazione in merito all'*arbitration agreement* ed alla *class action waiver clause*.

sima sollecitudine il piano di riparto e il giudice delegato ordina il pagamento delle somme spettanti a ciascun aderente.

Il rappresentante comune, il debitore e gli avvocati di cui all'articolo 840-novies, sesto e settimo comma, possono proporre opposizione a norma dell'articolo 840-undecies.

Il rappresentante comune deposita la documentazione comprovante i pagamenti effettuati.

Per il compimento dell'attività di cui al presente articolo, al rappresentante comune non spetta alcun ulteriore compenso”.

²²² v. articolo 840-undecies, ultimo comma del Codice di procedura civile.

²²³ v. articolo 840-bis, comma 4 del codice di procedura civile.

3.1 Oggetto del giudizio e soggetti legittimati all'azione

La norma dell'art. 840-*bis* del Codice di procedura civile recita:

“I diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo. A tale fine, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Ai fini di cui al periodo precedente, ferma la legittimazione di ciascun componente della classe, possono proporre l'azione di cui al presente articolo esclusivamente le organizzazioni e le associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia”.

La disposizione, dunque, amplia in maniera estremamente vasta il campo di applicazione oggettivo dell'azione di classe, nonché la platea dei soggetti legittimati all'azione, ricomprendendo tutti i membri della classe, ovvero coloro che risultino effettivi titolari di un diritto individuale omogeneo, siano essi persone fisiche o giuridiche. Inoltre, la norma conferisce una legittimazione all'azione, originaria (e non derivativa), in favore delle organizzazioni ed associazioni i cui statuti comprendano la tutela di diritti individuali omogenei.

La nuova norma, dunque, non disegna un fine unitario, bensì duplice a seconda di chi effettivamente sia il soggetto promotore dell'azione di classe.

Nel caso di azione promossa dal membro della classe, questa tenderà, nella prima fase, alla tutela risarcitoria/restitutoria del solo proponente; nel caso di azione promossa dall'ente, invece, la normativa preclude espressamente che la controversia possa riguardare la tutela risarcitoria dei membri della classe, sicché il

fine dell'azione sarà il mero accertamento che la condotta dell'impresa abbia leso diritti individuali omogenei ⁽²²⁴⁾: statuzione, come premesso, necessaria affinché il giudice dichiari aperta la fase di adesione post-decisoria (v. *infra*).

Nell'uno e nell'altro caso, l'oggetto del giudizio riguarderà la tutela di diritti individuali dei membri della classe che siano omogenei fra loro: omogeneità che, come nella normativa consumeristica, assurge a requisito di ammissibilità dell'azione medesima ai sensi dell'articolo 840-ter ⁽²²⁵⁾.

Nonostante la centralità dei diritti individuali omogenei, la nuova disciplina sull'azione di classe omette una definizione normativa dei medesimi, sicché risulta determinante definirne la portata, considerato l'utilizzo mutevole fattone dal legislatore.

Ed infatti, mentre l'articolo 840-sexies sembrerebbe specificare nell'individuare il diritto individuale omogeneo come il diritto sostanziale del membro della classe leso dalla condotta dell'impresa convenuta ⁽²²⁶⁾, di contro l'articolo 840-octies identifica i diritti individuali omogenei dal punto di vista rimediale, come quei diritti risarcitori/restitutori dei membri della

²²⁴ v. articolo 840-sexies, comma 1: *“Con la sentenza che accoglie l'azione di classe, il tribunale: a) provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'organizzazione o da un'associazione inserita nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma; b) accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei”*.

²²⁵ v. articolo 840-ter, comma 4: *“La domanda è dichiarata inammissibile:*

- a) quando è manifestamente infondata;*
- b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840-bis;*
- c) quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente;*
- d) quando il ricorrente non appare in grado di cura-re adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio”*

²²⁶ v. articolo 840-sexies, comma 1: *“(b) accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei”*

classe sorti in conseguenza della lesione operata da parte dell'impresa ⁽²²⁷⁾).

A mio avviso, la determinazione del concetto di diritto individuale omogeneo va individuata sotto un criterio composito, sostanziale e processuale-rimediabile, in conformità alla *ratio* della normativa che detta un'azione finalizzata alla tutela risarcitoria/restitutoria aggregata di una molteplicità di soggetti. Sotto tale profilo, dunque, i diritti individuali dovranno essere considerati omogenei laddove siano omogenei gli elementi costitutivi della tutela risarcitoria azionata in giudizio intesi come condotta, evento e nesso di causalità fra condotta ed evento. A ben vedere, tuttavia, non tutti gli elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria dovranno essere omogenei per tutti i membri della classe, considerato che la normativa sembra ammettere l'esperimento dell'azione anche in caso di eventi parzialmente disomogenei (con le precisazioni meglio dette di seguito). L'articolo 840-*bis*, infatti, prevede che l'azione di classe abbia ad oggetto "*l'accertamento della responsabilità*" dell'impresa, sicché a tal fine vengono in rilievo esclusivamente gli elementi della condotta e di causalità, rimanendovi estraneo quello dell'evento dannoso: nello stesso senso depone anche la già richiamata lettera b) del comma 1 dell'articolo 840-*sexies* relativa alla sentenza con cui il giudice "*accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei*" cosicché l'oggetto del giudicato dell'azione di classe

²²⁷ v. articolo 840-*octies*, comma 2: "*Il rappresentante comune degli aderenti, entro novanta giorni dalla scadenza del termine di cui al primo comma, predispose il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, rassegnando per ciascuno le sue motivate conclusioni, e lo deposita; il progetto è comunicato agli aderenti e al resistente. Il rappresentante comune può chiedere al tribunale di nominare uno o più esperti di particolare competenza tecnica che lo assistano per la valutazione dei fatti posti dagli aderenti a fondamento delle domande.*

Il resistente e gli aderenti, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al secondo comma, possono depositare osservazioni scritte e documenti integrativi. Nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale.

Il rappresentante comune, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al terzo comma, apporta le eventuali variazioni al progetto dei diritti individuali omogenei e lo deposita nel fascicolo informatico"

è senz'altro costituito dalla singola condotta dell'impresa individuata come lesiva, non già il danno cagionato alla classe.

Fatta tale premessa teorica, è tuttavia da osservare che questa ha dei limiti:

(i) il primo, che il diverso evento non comporti una sostanziale variazione del nesso di causalità: infatti, la diversità del danno procurato dalla medesima condotta potrebbe imporre un campo di indagine circa il nesso di causalità del tutto avulso dal *thema probandum* e *decidendum* introdotto in giudizio dal proponente. Si pensi al caso di un inquinamento ambientale che può provocare, al contempo, danni alla proprietà o alla salute e l'accertamento, alternativamente, dell'uno o dell'altro non consente la differente regolazione del diritto risarcitorio del membro della classe fondato su una situazione anziché l'altra;

(ii) il secondo, che la nuova normativa, diversamente rispetto a quella americana ⁽²²⁸⁾, non sembra consentire al giudice di creare classi o sotto-classi di soggetti che versino rispettivamente in condizione omogenea fra loro: come meglio vedremo *infra*, la procedura di adesione post-decisoria, infatti, impone delle stringenti preclusioni deduttive e probatorie sostanzialmente e formalmente incompatibili con la possibilità di ampliare il *thema decidendum* e/o il *thema probandum*.

In conclusione, i diritti individuali tutelabili mediante l'azione di classe sono da intendersi quei diritti risarcitori/restitutori fondati su fatti costitutivi omogenei, derivanti cioè da una medesima condotta lesiva che abbia causato danni ai diritti dei membri della classe prodotti da un medesimo nesso di causalità.

La legittimazione attiva alla proposizione dell'azione spetterà al membro della classe, individuato come il soggetto (indifferentemente persona fisica o giuridica), che risulti titolare di un diritto individuale omogeneo, ovvero colui che lamenti di aver patito un danno derivante dalla condotta dell'impresa che ha causato, altresì, il medesimo o simile danno ad una pluralità indiscriminata di soggetti.

²²⁸ Rule 23(c)(B) *Federal Rules of Civil Procedure*.

Si è già detto, inoltre, che la legittimazione attiva compete anche alle organizzazioni ed associazioni in via originaria e non quali semplici rappresentanti processuali del membro della classe, così come avveniva per l'azione consumeristica. Requisito che completa la legittimazione attiva delle associazioni è l'iscrizione nel pubblico elenco istituito presso il Ministero della Giustizia per il cui accesso è necessario il possesso dei requisiti indicati dal nuovo articolo 196-ter delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura ⁽²²⁹⁾, tra cui si ricordano la stabilità dell'organizzazione e la sua valutazione di adeguatezza alla tutela degli interessi della classe ⁽²³⁰⁾.

Nel caso in cui più soggetti promuovano la medesima azione di classe nei confronti della medesima impresa entro i termini indicati dall'articolo articolo 840-quater ⁽²³¹⁾, tale norma, al comma 1 cpv. prevede che le azioni siano riunite alla "principale" (verosimilmente un *lapsus calami* per "preventivamente adi-

²²⁹ Articolo adottato in sede di riforma normativa che, in merito ai requisiti per l'iscrizione nel registro ministeriale dispone: "Con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, sono stabiliti i requisiti per l'iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma, del codice, i criteri per la sospensione e la cancellazione delle organizzazioni e associazioni iscritte, nonché il contributo dovuto ai fini dell'iscrizione e del mantenimento della stessa. (...) I requisiti per l'iscrizione comprendono la verifica delle finalità programmatiche, dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati e della stabilità e continuità delle associazioni e delle organizzazioni stesse, nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate. Con il medesimo decreto sono stabilite le modalità di aggiornamento dell'elenco".

²³⁰ Tali previsioni sembrerebbero suggerire l'intento del legislatore di conferire la legittimazione esclusivamente ad enti stabilmente operanti a tutela di classi pre-individuate di individui (associazioni a tutela del consumatore, sindacati ed associazioni di categoria in genere), piuttosto che a comitati di titolari di diritti individuali omogenei aggregatisi temporaneamente al fine di promuovere l'azione di classe: scelta questa che appare infelice, perché il comitato avrebbe sicuramente più capacità di promuovere l'aggregazione dei membri della classe e garantire una vera unicità e comunione di intenti fra l'organizzazione ed i membri della classe rappresentati.

²³¹ Cioè, entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione del ricorso nell'area pubblica del portale dei servizi telematici.

ta”). La norma, tuttavia, non chiarisce se l'intento del legislatore fosse quello di disporre la riunione nel senso di trattazione congiunta di azioni di classe che mantengono il loro carattere autonomo ed identitario ovvero nel senso di aggregazione dei proponenti sotto un'unica parte processuale, data l'omogeneità del diritto azionato e delle circostanze relative alla responsabilità dell'impresa convenuta: ipotesi, questa, da scartare, considerato che l'articolo 840-*novies*, che riconosce un compenso premiale all'avvocato che abbia assistito il proponente l'azione di classe vittorioso, prevede al comma 7 che il medesimo compenso spetti a tutti gli avvocati che hanno assistito i ricorrenti le cui azioni sono state riunite a quella precedentemente introdotta, così suggerendo la volontà del legislatore di mantenere l'autonomia e l'individualità dei giudizi riuniti.

È bene sottolineare che la norma che prevede la riunione in un unico procedimento delle azioni di classe contestualmente promosse disponendo che le medesime mantengono la loro autonomia ed identità, ha un impatto che va ben oltre i, pure legittimi, dubbi sull'opportunità di tale disciplina in un'ottica di economia processuale⁽²³²⁾.

La norma infatti, dimostra la ferma intenzione del legislatore – che si rivelerà palese *infra* – di spogliare definitivamente la nuova azione di classe dei quei caratteri di rappresentatività da parte del proponente di diritti risarcitori altrui che connotava, almeno in parte, l'azione consumeristica e che è propria, invece, del modello americano. Il legislatore, infatti, promuove l'individualismo ed il concorso, in luogo dell'aggregazione, delle pretese individuali senza che l'esercizio da parte del proponente del proprio diritto risarcitorio riverberi in alcun modo sui

²³² Il procedimento, infatti, riunirebbe in sé una pluralità di parti e di procedimenti individuali, ciascuno e tutti da trattarsi – benché individualmente – nelle forme dell'azione di classe e, conseguentemente, con una propria fase di filtro di ammissibilità ed una propria identificazione della classe di riferimento ciascuna indipendente rispetto a quella degli altri ricorrenti. Il tutto con effetti incalcolabilmente gravosi per la corte ed inutilmente afflittivi per il resistente, con sacrificio evidente della rapida ed efficiente conduzione e risoluzione della controversia: aspetti che costituiscono gli obiettivi primari della nuova azione di classe.

diritti individuali dei membri ovvero sulla loro amministrazione in giudizio. Di tale espressa intenzione legislativa ne sono indicati, chiari ed inequivoci, le ulteriori previsioni che precludono all'ente di farsi promotore dei diritti risarcitori dei membri della classe, nonché la preclusione della sentenza resa all'esito del giudizio promosso dal proponente di regolare i diritti risarcitori dei membri della classe che abbiano aderito a seguito della dichiarazione di ammissibilità dell'azione. Allo stesso modo, la mancata reiterazione nella nuova disciplina della previsione che consentiva nell'azione consumeristica la liquidazione equitativa dei diritti individuali dei membri della classe aderenti depone nell'ottica di una regolazione individuale e specifica – non aggregata né collettiva – dei diritti individuali omogenei.

Da ultimo, anche la scelta di non reiterare la previsione della possibile partecipazione del Pubblico Ministero alla fase preliminare deputata a valutare l'ammissibilità dell'azione appare perfettamente coerente con la nuova funzione "individualistica" dell'azione di classe, come a confermare la definitiva uscita di scena di aspetti di rilevanza pubblica o pubblicistica nella nuova disciplina.

3.2 *La certificazione dell'azione: il filtro di ammissibilità*

L'articolo 840-ter, comma 4, prevede il filtro di ammissibilità dell'azione di classe sulla base dei criteri già dettati dall'articolo 140-bis del Codice del consumo:

“La domanda è dichiarata inammissibile:

- a) quando è manifestamente infondata;*
- b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840-bis;*
- c) quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente;*
- d) quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio”*

L'unico elemento differenziale rispetto all'azione di classe consumeristica consiste nella mancata reiterazione nella nuova normativa dell'obbligo di notificazione dell'atto introduttivo al Pubblico Ministero e, quindi, la sua partecipazione eventuale alla fase preliminare di discernimento circa l'ammissibilità dell'azione.

La riproposizione anche all'interno della nuova normativa del filtro di ammissibilità appare oggi poco più che un residuo tralascio del passato, dacché tale fase processuale, già di dubbia utilità nella normativa consumeristica ⁽²³³⁾, risulta oggi, a maggior ragione, sprovvista di qualsiasi funzione di tutela sostanziale e, sicuramente, non assolve alla funzione di tutela per cui è stata prevista dal sistema americano. Si è ricordato, infatti, che la *certification of the class* prevista dalla *Rule 23* e, in particolare, la verifica di *adequacy* ivi contemplata era strettamente connessa alla natura rappresentativa della *class action*, dovendo svolgere il ruolo di verifica che i diritti dei membri assenti sarebbero stati adeguatamente protetti da parte del *representative party* proponente, in quanto l'azione dal medesimo introdotta sarebbe stata vincolante anche nei loro confronti.

Tuttavia, oggi, l'azione di classe prevista dal codice di rito si è definitivamente liberata di qualsiasi funzione rappresentativa di diritti altrui senza alcuna possibilità che l'esercizio della medesima possa incidere, positivamente o negativamente, nella sfera soggettiva dei membri della classe, salvo che questi non facciano espressamente richiesta di adesione. D'altro canto, anche laddove si volesse collegare la previsione della fase di ammissibilità all'esigenza di garantire una possibilità di adesione informata in favore del membro della classe, non è chi non veda come tale garanzia è già ampiamente offerta dalla nuova normativa considerato il fatto che la legge consente l'adesione del membro della classe – e l'esercizio giudiziale del diritto risarcitorio del medesimo – una volta che è stata emessa la sentenza che definisce l'azione del proponente.

Anche da tale prospettiva, dunque, non si comprende per quale ragione il legislatore abbia ritenuto di dover appesantire

²³³ v. § 2.3.

l'azione di classe di una fase astrattamente destinata alla tutela dei membri della classe, benché da un lato, questi ultimi non sarebbero comunque in alcun modo pregiudicati nei loro diritti dall'eventuale decisione dell'azione di classe promossa dal proponente; dall'altro lato, la decisione se profittare del giudicato favorevole dell'azione di classe è esclusivamente delegata ad una loro scelta volontaria che può essere perfettamente assunta in maniera "informata" all'esito del giudizio e, come tale, non merita ingerenza da parte dell'organo giurisdizionale.

A diverse conclusioni non sembra, neppure, potersi pervenire cambiando totalmente angolo visuale e riguardando la fase di filtro di ammissibilità non in funzione protettiva dei membri della classe esterni al procedimento, bensì in un'ottica di salvaguardia degli interessi del convenuto il quale potrebbe essere esposto a significativi danni patrimoniali (fluttuazioni di mercato) ed all'immagine per il sol fatto di essere destinatario di un'azione di classe, fosse anche temeraria, ricattatoria o di carattere esemplare. Ed infatti, l'ipotetica protezione che potrebbe essere consentita dalla fase di scrutinio dell'ammissibilità della domanda è resa del tutto inefficace dall'articolo 840-ter, comma 2, che impone alla cancelleria del tribunale la pubblicazione del ricorso per l'azione di classe e del decreto di fissazione d'udienza entro 10 giorni dall'emissione di quest'ultimo; tempi a tal punto contingentati da essere addirittura anteriori al termine disponibile per il ricorrente per decidere se dare corso all'azione notificando l'atto introduttivo al convenuto. In tale ottica, l'eventuale danno per l'impresa convenuta opererebbe per effetto di legge e non per causa direttamente imputabile al ricorrente che, nello *spatium deliberandi* fra il deposito del ricorso e la notificazione del medesimo, potrebbe anche decidere di desistere spontaneamente dall'azione⁽²³⁴⁾.

Nonostante, dunque, non sia possibile rintracciare nella fase di filtro alcuna esigenza di protezione delle parti coinvolte dal

²³⁴ Non a caso, infatti, l'articolo 140-bis del Codice del consumo prevede, al comma 9, che la pubblicità dell'azione di classe sia effettuata esclusivamente a seguito della decisione circa l'ammissibilità dell'azione di classe all'esito della fase di filtro.

giudizio, ovvero a questo rimaste esterne, il legislatore, ciò non di meno, ha ritenuto di dare centralità, nella valutazione di ammissibilità, al requisito polimorfo della *adequacy of representation*, ribadendo la richiesta di svolgere una duplice espressa verifica: che il proponente sia in grado di tutelare adeguatamente i diritti individuali omogenei e che il medesimo non versi “*in conflitto di interessi nei confronti del resistente*”. Sul primo requisito, si rinvia a quanto detto relativamente alla disciplina americana ⁽²³⁵⁾ ed a quella consumeristica ⁽²³⁶⁾, senza, tuttavia, potersi tacere che appare del tutto irrazionale la scelta di far dichiarare inammissibile un’azione individuale risarcitoria perché l’attore, o il suo legale, non sono in grado di gestire adeguatamente il giudizio introdotto: in quel caso, l’esito infelice del contenzioso ricadrebbe esclusivamente in capo al proponente per cui *imputet sibi* l’errata introduzione del giudizio o la mala scelta del legale, con statuizione che meriterebbe di essere di merito e non processuale, onde non consentirne la riproposizione (identiche considerazioni valgono anche per i requisiti di manifesta infondatezza e non omogeneità del diritto che non dovrebbero, comunque, consentire una definizione del giudizio in rito).

L’analisi del secondo, ovvero il conflitto di interessi, offre, invece, lo spunto per rimarcare quanto fin’ora affermato circa l’individualismo della nuova azione di classe e la totale insussistenza di una teoria di rappresentatività ad essa sottostante.

Il primo dato da rilevare, infatti, è l’errata formulazione della norma nella parte in cui richiede la verifica dell’insussistenza del conflitto di interesse del proponente “*nei confronti del resistente*”, laddove, invece, il rapporto fra ricorrente e resistente è fisiologicamente conflittuale così come sono (e devono) essere apertamente conflittuali gli interessi delle due parti contrapposte in giudizio. È verosimile, dunque, ricondurre l’indicazione di “*resistente*” ad un (altro) *lapsus calami* del legislatore, laddove forse quest’ultimo intendeva riferirsi alla “*classe*”.

²³⁵ v. Cap. 1, § 3.2.

²³⁶ v. § 2.3.

Anche così, però, la norma non risulterebbe di facile applicazione, considerato che il problema sottostante l'errata formulazione normativa è sostanziale e non meramente formale. Alla stregua della legislazione interna, infatti, il conflitto di interessi viene in rilievo fra rappresentante e rappresentato nell'ambito di un rapporto di mandato qui, invece, insussistente ed inconfigurabile: si è, infatti, visto che l'azione individuale risarcitoria/restitutoria del proponente non comporta la regolazione del diritto individuale omogeneo del membro della classe né, in ogni caso, un'ingerenza nella sfera dei diritti soggettivi del medesimo, salvo che quest'ultimo non decida di profittare del risultato positivo raggiunto dal proponente; date queste premesse, non è rinvenibile in tale contesto un rapporto, neppure implicito, di mandato o di rappresentanza che possa presentare elementi di conflittualità.

Per dare una qualche applicazione alla norma in esame, dunque, una totale rideterminazione del significato di "conflitto di interessi" rilevante ai fini della valutazione di ammissibilità dell'azione si impone. La ricostruzione preferibile pare quella che demanda al giudice una verifica che fra proponente e resistente non sussista un qualche accordo collusivo diretto ad orientare la sentenza in maniera favorevole a quest'ultima: ipotesi che, pur non determinando una lesione dei diritti soggettivi dei membri della classe potrebbe, comunque, causare l'effetto pregiudizievole, mediato ed indiretto, di dissuadere questi ultimi dall'agire in giudizio per la tutela dei diritti individuali oppure potrebbe orientare i tribunali aditi dalle azioni risarcitorie individuali ad uniformarsi ad una decisione, in realtà, frutto di un accordo collusivo. Resta, comunque, inteso che, anche ove così interpretato, tale requisito di ammissibilità dell'azione è destinato a rimanere sostanzialmente inattuato/inattuabile, considerato che sarebbe demandato al giudice, privo di potere inquisitorio, il discernimento dell'esistenza di un accordo collusivo che nessuna parte in causa ha, ovviamente, interesse che emerga in giudizio.

3.3 *La regolazione del diritto individuale del proponente e gli effetti della sentenza sulle pretese dei membri della classe aderenti*

L'articolo 840-*sexies*, rubricato “Sentenza di accoglimento”, prevede che il tribunale nell’emettere la sentenza che regola il diritto risarcitorio/restitutorio dedotto in giudizio dal ricorrente, disponga contestualmente in merito all’apertura della fase di adesione post-decisoria come segue:

“b) accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei;

c) definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b), specificando gli elementi necessari per l’inclusione nella classe dei soggetti di cui alla lettera e);

d) stabilisce la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b);

e) dichiara aperta la procedura di adesione [...]

f) nomina il giudice delegato per la procedura di adesione;

g) nomina il rappresentante comune degli aderenti [...]”

Esaminando attentamente la disposizione, l’accoglimento cui fa riferimento la rubrica della norma deve essere riferito all’accertamento di cui al comma 1, lett. b), ovvero che il resistente, “con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei” e non alla regolazione del diritto risarcitorio/restitutorio del proponente la cui pretesa potrebbe essere anche rigettata senza pregiudizio per l’apertura della procedura di adesione post-decisoria ⁽²³⁷⁾. Ed infatti, ciò che rileva

²³⁷ Il fatto che l’accoglimento della domanda risarcitoria non sia centrale nell’economia della disciplina, lo si ricava dal comma 1, lett. a) della norma in esame, ove il legislatore non richiede che la sentenza di acco-

ai fini della disciplina dell'azione di classe in vista della successiva fase di aggregazione delle pretese dei membri è l'accertamento che sono stati lesi diritti individuali omogenei che, ai fini del concorso dei membri della classe, ha lo stesso rilievo e pregiudizialità della sentenza che dichiara l'insolvenza della società debitrice in rapporto alla propria esposizione debitoria: un presupposto giuridico e fattuale in assenza del quale non vi sarebbe necessità di tutela del ceto creditorio.

Nel dettare gli effetti della sentenza di accoglimento, il legislatore disciplina i soli aspetti formali della procedura di adesione, trascurando di regolamentare, con l'attenzione che avrebbero meritato, gli aspetti sostanziali della pronuncia. Il legislatore, infatti, omette di prevedere quale sia il rilievo, l'utilizzabilità che l'accertamento circa la lesione di diritti individuali omogenei determina in rapporto alle pretese risarcitorie individuali dei membri della classe aderenti. La norma non dice se la sentenza di accoglimento debba essere trattata:

(i) come una prova ad apprezzamento vincolato circa l'illiceità della condotta dell'impresa, similmente a quanto previsto dall'articolo 7 del Decreto Legislativo n. 3 del 2017 ⁽²³⁸⁾. Il richiamo a tale disciplina non è casuale, in quanto è il legislatore stesso a richiamarla nella nuova normativa a fini diversi, dimostrando, comunque, che la medesima costituiva un modello noto e nella mente del legislatore all'atto della stesura della legge introduttiva della nuova azione di classe;

(ii) come un semplice precedente giudiziario dal valore meramente persuasivo come qualsiasi decisione che definisca un caso analogo;

glimento pronunci la “condanna” del resistente alla restituzione o al risarcimento del danno, bensì precisa che il tribunale “provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie”, dovendosi, dunque, concludere che la domanda relativa al diritto individuale possa essere anche rigettata senza pregiudizio per la dichiarazione di apertura della procedura di adesione di cui al successivo comma 1, lett. e). L'ipotesi di un possibile rigetto, invece, non è contemplata dal comma 1, lett. b) ove è espressamente richiesto che il giudice accerti e dichiari che il ricorrente ha lesi diritti individuali omogenei, senza possibilità che tale accertamento risulti negativo.

²³⁸ v. Decreto legislativo n. 3 del 2017.

(iii) come un giudicato di valore endoprocedimentale vincolante circa la responsabilità dell'impresa in relazione alla condotta illecita accertata ⁽²³⁹⁾.

L'omissione riferita, poi, genera un'ulteriore fonte di incertezza, considerato che la mancata indicazione del valore dell'accertamento svolto circa la lesione dei diritti individuali omogenei, non consente neppure di determinare l'attitudine di tale statuizione a formare cosa giudicata, con le conseguenti ripercussioni sul suo regime impugnatorio (parimenti non disciplinato).

Ad ogni buon conto, in assenza di scelta normativa, appare preferibile l'ipotesi interpretativa di riconoscere alla sentenza di accoglimento un valore meramente probatorio. Ciò in considerazione del fatto che l'articolo 840-*sexies*, comma 1, lettera d) che individua il materiale probatorio che l'aderente deve depositare ai fini del riconoscimento della propria pretesa fa riferimento solo alla prova della titolarità del diritto risarcitorio/restitutorio e non già agli elementi costitutivi della responsabilità dell'impresa. Testualmente, la norma prevede che il tribunale, con la sentenza di accoglimento:

“d) stabilisce la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b)”.

Nel medesimo senso depone anche l'indicazione dei requisiti che deve contenere, a pena di inammissibilità, la domanda di adesione che, pur ricalcando quelli previsti per l'ordinario atto

²³⁹ Per citare solo la più recente delle molte conformi: Cassazione civile sez. II, 21/02/2019, n. 5138, Giustizia Civile Massimario 2019: *“Il giudicato sostanziale (art. 2909 c.c.) che, quale riflesso di quello formale (art. 324 c.p.c.), fa stato ad ogni effetto tra le parti per l'accertamento di merito positivo o negativo del diritto controverso, si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresi gli accertamenti di fatto che rappresentano le premesse necessarie ed il fondamento logico e giuridico della pronuncia, con effetto preclusivo dell'esame delle stesse circostanze in un successivo giudizio, che abbia gli identici elementi costitutivi della relativa azione e cioè i soggetti, la “causa petendi” ed il “petitum”*”.

di citazione, si limita a richiedere che l'aderente indichi "*l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda*" e non anche l'esposizione dei fatti "*e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda*", così come richiesto dall'articolo 163 del Codice di procedura: elementi di diritto, evidentemente, da ritenersi assorbiti dalla sentenza di accoglimento.

Ad escludere poi che la sentenza di accoglimento abbia valore di giudicato endoprocedimentale soccorre l'articolo 840-*octies*, comma 1, che prevede la possibilità per quest'ultima di contestare le circostanze dedotte dall'aderente nell'atto di adesione e di eccepire "*i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei diritti fatti valere dagli aderenti*". Tale previsione che ammette la possibilità di contraddittorio in merito alla responsabilità dell'impresa, dunque, esclude che la sentenza di accoglimento possa avere un valore vincolante sul punto. D'altro canto, per avere valore di giudicato interno vincolante circa la responsabilità dell'impresa, la sentenza di accoglimento dovrebbe avere quantomeno un carattere stabile e definitivo che, considerata l'omissione normativa circa la sua attitudine a formare cosa giudicata, è allo stato da dubitarsi.

3.4 *L'aderente e la procedura di adesione post-decisoria*

La domanda di adesione potrà essere presentata (anche senza ministero del difensore) nei termini perentori indicati dalla sentenza di accoglimento ⁽²⁴⁰⁾ mediante compilazione del formula-

²⁴⁰ La domanda di adesione dovrà essere depositata entro i termini previsti nella sentenza di accoglimento, indicati come perentori: scelta, quest'ultima di discutibile opportunità e, verosimilmente, causa di tutte le complicazioni sui limiti temporali affrontate al paragrafo precedente. Sorprende, peraltro, che il legislatore, che ha impostato la procedura di adesione sulla falsariga del concorso dei creditori nella procedura fallimentare, abbia previsto dei termini perentori per l'adesione oltre i quali la domanda diviene inammissibile, invece di prevedere una meno draconiana possibilità di suddividere gli aderenti in categorie di tempestivi e tardivi,

rio all'uopo predisposto da parte del Ministero della Giustizia e dovrà contenere tutti i requisiti formali prescritti, ciascuno a pena di inammissibilità, dall'articolo 840-*septies* ⁽²⁴¹⁾. È, invece, richiesto il deposito di un mero atto integrativo al membro della classe che abbia aderito in corso di causa a seguito dell'ordinanza di ammissibilità dell'azione, laddove ciò sia necessario per completare i requisiti di accesso alla classe dettati dalla sentenza di accoglimento.

Fra le peculiarità previste dalla normativa, si è già detto che la domanda di adesione deve contenere il conferimento al rappresentante comune degli aderenti di un mandato di rappresentanza processuale e sostanziale. Testualmente, l'articolo 840-*septies*, comma 2, lettera h) prevede:

“h) il conferimento al rappresentante comune degli aderenti, già nominato o che sarà nominato dal giudice, del potere di rappresentare l'aderente e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi al diritto individuale omogeneo esposto nella domanda di adesione”.

L'esame delle funzioni del rappresentante comune degli aderenti rivela, però qual è la reale natura del mandato conferito dagli aderenti che esclude la sussistenza di qualsiasi rappresentanza sostanziale o processuale.

Come accennato in premessa, il rappresentante comune degli aderenti assume la funzione per nomina ricevuta da parte del tribunale con la sentenza di accoglimento. Successivamente alla nomina, il compito assegnato al rappresentante comune degli aderenti, ai sensi dell'articolo 840-*octies*, ricalca quello del curatore fallimentare in sede di concorso dei creditori. Questi, infatti, deve redigere il “*progetto dei diritti individuali omogenei*

prevedendo la possibilità di falcidiare il credito di questi ultimi in caso di insufficienza dei beni del debitore.

²⁴¹ Tutti i requisiti formali sono previsti a pena di inammissibilità, sicché non troverà applicazione la disciplina della nullità sanabile di cui all'articolo 164 del Codice di procedura, nonostante l'assimilabilità con la disciplina della citazione.

degli aderenti” che, sostanzialmente, consiste in una proposta da sottoporre al giudice delegato di riconoscimento dei diritti risarcitori degli aderenti, redatta a seguito di un breve contraddittorio scritto e documentale fra aderenti e resistente. Sulla base di tale progetto dei diritti individuali omogenei, pertanto, il giudice delegato decide in merito alla domanda risarcitoria dei membri della classe.

Chiarite le funzioni del rappresentante comune degli aderenti, nonché i limiti della carica, non è affatto dato rinvenire nell’esercizio delle funzioni del rappresentante comune quel rapporto di rappresentanza sostanziale e processuale che risulta, invece, formalmente conferito dall’aderente mediante la domanda di adesione e che ne costituisce elemento essenziale, a pena di inammissibilità, ai sensi dell’articolo 840-*septies*, comma 2, lettera h).

Effettivamente, il rappresentante comune esercita le proprie funzioni come pubblico ufficiale ⁽²⁴²⁾ nell’interesse della legge e non come mandatario del membro della classe aderente, non ricercando una protezione egoistica o opportunistica del diritto creditorio di quest’ultimo, anzi l’esatto contrario. La funzione svolta da parte del rappresentante comune è, infatti, a tutti gli effetti di terzietà e para-giudiziale, nell’interesse della corretta amministrazione della giustizia, con conseguente protezione paritaria tanto degli interessi del membro della classe aderente, quanto dell’impresa resistente. Difetta, pertanto, quel requisito di comunanza o di identità di interessi fra rappresentante e rappresentato che caratterizza il rapporto di rappresentanza ed i vincoli del mandato ⁽²⁴³⁾: anzi, il rappresentante comune agisce

²⁴² v. articolo 840-*sexies*, comma 2.

²⁴³ Fra le varie, cfr. Cassazione civile, sez. II, 23/06/2014, n. 14215: *“L’art. 1388 c.c. prevede che il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell’interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato. La norma non prescrive ulteriori espressioni, oltre quella di agire in nome e nell’interesse del rappresentato - cosiddetta contemplatio domini - perché si produca la efficacia diretta del contratto nei confronti del rappresentato. È irrilevante - pertanto - il rapporto sottostante tra il rappresentante e il rappresentato, il cui concreto atteggiarsi è privo di ricadute, ai fini della realizzazione dell’effetto tipico dell’istituto della rappresentanza”*.

istituzionalmente, per effetto di legge, in conflitto di interessi con l'aderente, dovendo valutare secondo ragione e diritto la pretesa di quest'ultimo, a tal fine valorizzando anche le difese del resistente. Difatti, nella redazione del progetto dei diritti individuali omogenei, al rappresentante comune è richiesto di rassegnare le sue motivate conclusioni circa l'ammissibilità, e in che misura, della pretesa risarcitoria individuale svolta dai membri della classe in un elaborato che costituisce la base decisoria del decreto del giudice delegato, sotto ogni aspetto assimilabile al progetto di stato passivo disciplinato dalla Legge Fallimentare. Sotto tale prospettiva, pertanto, il rappresentante comune svolge semmai il ruolo di ausiliario del giudice delegato e, nell'ambito della funzione, di rappresentante del medesimo: circostanza, questa, che giustifica l'attribuzione del ruolo di pubblico ufficiale nell'esercizio della funzione ⁽²⁴⁴⁾.

Fa riflettere, infine, il fatto che il legislatore della riforma del 2019, pur traendo massima ispirazione dalla normativa fallimentare, abbia deciso di non importare da quest'ultima nell'azione di classe l'onere, che avrebbe potuto agevolmente essere posto a carico del rappresentante comune degli aderenti, di accedere, ove possibile, alla documentazione del resistente al fine di verificare i nominativi dei soggetti ipoteticamente coinvolti dalla sentenza di accoglimento ed astrattamente facenti parte della classe onde inviare una comunicazione analoga a quella prevista dall'articolo 92 della Legge Fallimentare per l'eventuale esercizio dell'adesione. Si pensi al caso tipico dell'azione di classe di stampo consumeristico per lamentele, ad esempio, in merito a servizi telefonici: la classe, in siffatte ipotesi, è agilmente ricavabile dall'anagrafica del resistente degli utenti che hanno sottoscritto il servizio telefonico oggetto di giudizio e che possono essere adeguatamente informati della possibilità di aderire all'azione di classe con modalità sicuramente più efficienti e meno dispendiose rispetto agli oneri pubblicitari imposti dall'odierna normativa. Una siffatta previsione (ovvero un'interpretazione particolarmente estensiva eventualmente assunta dalla giurisprudenza) potrebbe permettere di su-

²⁴⁴ v. articolo 840-*sexies*, comma 2.

perare quello che, presumibilmente, ha costituito il principale motivo di fallimento in Italia della tutela di classe ovvero la limitatissima adesione dei membri della classe che non permette all'azione neppure di svolgere quel ruolo di deterrenza general-preventivo tipico del sistema americano e tanto invidiato dal legislatore interno e comunitario ⁽²⁴⁵⁾.

3.5 *La decisione sulle domande risarcitorie degli aderenti*

Ulteriore conferma del carattere individualistico dell'azione di classe introdotta nel codice di rito si ha anche in merito alla modalità prescelta dal legislatore del 2019 per la liquidazione del risarcimento dovuto in favore degli aderenti in netta discontinuità rispetto alla tradizione varata con l'articolo 140-*bis* del Codice del consumo.

L'azione di classe consumeristica, come visto, prevedeva al comma 12 dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo ⁽²⁴⁶⁾ la

²⁴⁵ v. proposta di direttiva Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0184&from=IT>

²⁴⁶ Cfr. articolo 140-*bis* del Codice del consumo, comma 12: “*Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In questo ultimo caso il giudice assegna alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza*”.

possibilità per il giudice di liquidare salomonicamente, in via equitativa, le somme dovute a titolo risarcitorio a ciascun aderente all'azione di classe ovvero di determinare un criterio per il calcolo del risarcimento individualmente dovuto a seconda delle condizioni soggettive di ciascun aderente.

Nella nuova normativa, invece, tali possibilità non trovano più applicazione non essendo state reiterate in sede di adozione della nuova disciplina, così imponendo al giudice delegato di commisurare il risarcimento del danno dovuto a ciascun aderente secondo le regole generali che presiedono alla liquidazione del danno derivante da responsabilità contrattuale o extracontrattuale a seconda della fattispecie concretamente devoluta in giudizio. Ciò implica che la liquidazione equitativa del risarcimento del danno non è preclusa, ma è ammessa solo su base individuale e solo ove ricorrano i requisiti dell'articolo 1226 del Codice civile.

4. Conclusioni.

In vista della trattazione, al capitolo che segue, del tema d'indagine del presente elaborato, ovvero la compatibilità nel sistema interno con l'*arbitration agreement* e con la *class action waiver clause*, alcune considerazioni conclusive si impongono in merito alle normative attualmente vigenti in Italia in materia di azione di classe.

In particolare, si è visto che entrambe le discipline, sia quella consumeristica sia quella di nuovo ingresso nel codice di rito, non introducono nell'ordinamento istituti o discipline sostanziali innovative, bensì utilizzano gli istituti già in vigore nel sistema processuale e sostanziale interno al fine di creare riti speciali, alternativi all'azione di cognizione ordinaria, finalizzati all'affermazione giudiziale del diritto risarcitorio individuale del proponente l'azione di classe, nonché, rispettivamente:

(i) quanto all'azione dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo, all'*aggregazione* ed alla definizione giudiziale delle pretese risarcitorie e restitutorie omogenee facenti capo ai membri della classe, perorate in giudizio da parte del proponente che agisce quale rappresentante processuale degli aderenti in

base ad un mandato implicitamente conferito da questi ultimi con l'atto di adesione;

(ii) quanto all'azione di classe codicistica, al *concorso* ed alla definizione giudiziale delle predette pretese omogenee azionate in giudizio da parte dei singoli membri della classe aderenti e da questi ultimi perorate in giudizio nonostante il conferimento della rappresentanza processuale e sostanziale (solo formalmente) conferite in favore del rappresentante comune degli aderenti che tale funzione, in realtà non esercita, bensì svolge quella di ausiliario del giudice delegato.

Così sintetizzate le discipline relative all'azione di classe trova definitivamente conferma quanto già più volte affermato circa la lontananza del modello italiano dalla natura e dai principi dell'azione rappresentativa, di cui la *class action* americana è una mera forma di applicazione.

In particolare, la nuova azione codicistica, che premia il concorso, piuttosto che l'aggregazione o la rappresentanza dei diritti individuali dei membri della classe, fa riecheggiare le parole spese dal giudice Moore in relazione alla riforma delle *Federal Equity Rules* del 1912 per cui uno strumento di mera aggregazione di pretese individuali non costituisce affatto una *class action*: “it [is] not really more than a permissive joinder device” ⁽²⁴⁷⁾.

²⁴⁷ v. Cap. 1, § 2.4.

CAPITOLO IV

CONTRATTI DI CONSUMO, CLAUSOLE COMPROMISSORIE E DI DEROGA ALL'AZIONE DI CLASSE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Diritto dei consumatori. – 2.1 Il quadro normativo. – 2.2. La giurisprudenza in materia di clausole vessatorie. – 3. La clausola compromissoria. – 3.1. Clausola compromissoria e deroga alla giurisdizione ordinaria. – 3.1.1 Segue: la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria. – 3.1.2 Segue: Il valore delle trattative tra le parti ai fini della valutazione di vessatorietà della clausola. – 3.1.3. *Segue*: Proposte ricostruttive in tema di accertamento della vessatorietà della clausola arbitrale. – 3.2. Clausola compromissoria e azione di classe. – 3.3. Deroga all'azione di classe e validità della clausola compromissoria. – 4. La rinuncia all'azione di classe. – 4.1. La protezione del consumatore. – 4.2. La normativa generale.

1. Premessa

L'esame della natura dell'azione di classe italiana affrontata nel capitolo precedente non esaurisce il quadro normativo di riferimento necessario per completare l'esame degli approcci giurisprudenziali prospettabili in Italia a definizione della ipotetica problematica introduzione su larga scala, nella prassi commerciale interna, dell'*arbitration agreement* e della *class action waiver clause*.

Ipotizzando, infatti, il trasferimento di tale prassi nei contratti per l'acquisto di beni e servizi di consumo, la legittimità delle

predette clausole dovrà essere vagliata sotto un duplice profilo normativo:

(i) il primo, quello della legislazione speciale consumeristica di cui al Codice del consumo nel caso in cui l'acquirente del bene o servizio sia un consumatore, così come descritto dall'articolo 3 del Codice del consumo;

(ii) il secondo, quello del diritto delle obbligazioni e dei contratti in generale nel caso in cui l'acquirente del bene o servizio di consumo sia un professionista (così come descritto dall'articolo 3 del Codice del consumo) ovvero una persona giuridica cui la tutela della disciplina speciale consumeristica è preclusa.

Similmente al percorso delle corti americane descritto al capitolo II, si affronterà, dunque, la tematica della legittimità della clausola compromissoria inserita all'interno dei contratti di consumo e, per quella via, si valuterà la compatibilità del sistema italiano con la *class arbitration*; di qui, si concluderà affrontando la legittimità dell'esplicita *class action waiver clause*.

2. Diritto dei consumatori

Lo scrutinio di legittimità della clausola compromissoria o della *class action waiver clause* inseriti in un contratto di consumo sottoscritto da un consumatore è indagine relativa alla vessatorietà della clausola contrattuale ai sensi degli articoli 33 e seguenti del Codice del consumo.

2.1 Il quadro normativo

Come appena anticipato, la disciplina delle clausole vessatorie è contenuta nel Titolo I della Parte III del Codice del consumo che, come noto, è frutto del recepimento della normativa europea e, più in dettaglio, dalla direttiva 93/13/CEE "*concernente*

le clausole abusive stipulate nei contratti con i consumatori”⁽²⁴⁸⁾.

²⁴⁸ In merito alla disciplina consumeristica, nazionale e comunitaria, si rinvia per approfondimento alla copiosissima dottrina che ha trattato approfonditamente la materia: IARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei codice civile*, Napoli, 1996; BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica*, C IMPR/E, 1996, 3 ss.; CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1996; CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, SI, 1996, 411 ss.; De Nova, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, FI, 1996, 148 ss.; LIBERTINI, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria nell'uso di clausole vessatorie (art. 1469-sexies c.c.)*, C IMPR/E, 1996, 567 ss.; MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996; BLANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XI V-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, NLCC, 1997, 751 ss.; GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, RDC, 1997, 403; MENGONI, *La disciplina delle clausole abusive ed il suo innesto nel corpo del codice civile*, RGEE, 1997, 295; MONTESANO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, RDP, 1997, 1; RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella del codice civile)*, Napoli, 1997; ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contrattazione d'impresa*, Padova, 1997; RUFFOLO (a cura di), *Clausole a vessatorie e abusive Gli artt. 1469-bis e ss. c.c. e i contratti col consumatore*, Milano, 1997; SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, RDC, 1997, 947; SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, BBTC, 1997, I, 354; TARZIA, *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, RDP, 1997, 629; DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998; MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei contratti del consumatore*, Torino, 1998; MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, EUR DIR PRIV, 1998, 45; MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999; ALPA, PARRI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 2003; LIMU (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, IV, Padova, 2003; VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004; ALPA, ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005; GABRIELLI, MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008; IARENGHI, *I contratti dei consumatori*, in LIMA, RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, t. 2, Milano, 2009, 110 ss.; GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, II, Milano, 2010; MAZZAMUTO, *Il contratto di di-*

La normativa europea, quindi, veniva adottata nell'ottica di imporre un'uniformazione legislativa delle diverse normative in vigore presso gli Stati membri verso uno *standard* di tutela minimo del consumatore. Fra le misure adottate, la disciplina comunitaria prevedeva la generica “*non vincolatività*” nei confronti del consumatore delle clausole contrattuali predisposte unilateralmente dall'impresa e non soggette a negoziato individuale tali da imporre uno squilibrio contrattuale “*significativo*”.

In particolare, per quanto qui rilevante, l'articolo 3 della Direttiva disponeva che:

“Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto”.

L'ultimo comma della medesima norma, infine, rimandava al documento allegato alla Direttiva per una elencazione, non esaustiva, delle ipotesi in cui la clausola contrattuale avrebbe potuto essere dichiarata abusiva, quali i casi in cui le medesime avevano come oggetto o come effetto quello di:

“b) escludere o limitare impropriamente i diritti legali del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di totale o parziale inadempimento o di adempimento difettoso da parte del professionista di un qualsiasi obbligo contrattuale, compresa la possibilità di compensare un debito nei confronti del professionista con un credito esigibile dallo stesso”

ritto europeo, Torino, 2012; PAGLIANTINI, *L'interpretazione favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, RDC, 2012, II, 291; ALPA (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Milano, 2014; ROPPO, BENEDETTI (a cura di), *Trattato dei contratti*, V. *Mercati regolati*, Milano, 2014; ALPA, CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016; BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milanofiori-Assago, 2017.

“q) sopprimere o limitare l’esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un’altra parte del contratto”.

La direttiva, infine, chiariva che le ipotesi individuate nell’allegato avevano *“solamente carattere indicativo e che, visto il suo carattere minimo, gli Stati membri possono integrarlo o formularlo in modo più restrittivo, nell’ambito della loro legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda la portata di dette clausole”* ⁽²⁴⁹⁾.

Originariamente, il recepimento in Italia della Direttiva era avvenuto mediante l’inclusione della disciplina speciale di protezione dei consumatori nell’ambito del Codice civile e, più precisamente, con l’introduzione delle garanzie speciali nella vendita di beni di consumo (articoli 1519-*bis* e ss. del Codice civile) e con la disciplina delle clausole vessatorie (articoli 1469-*bis* e ss. del Codice civile). Tuttavia, il pieno recepimento della direttiva e della più ampia tutela dei diritti dei consumatori promossa in ambito europeo veniva attuata in Italia attraverso l’adozione del codice settoriale del 2005 che, in materia di clausole vessatorie, si limitava a riproporre in maniera sostanzialmente pedissequa il contenuto delle norme codicistiche precedentemente in vigore, salvo limitate correzioni.

Arrivati, dunque, all’elaborazione del Codice del consumo, il recepimento del già richiamato articolo 3 della Direttiva avveniva attraverso il dettato dell’articolo 33 del Codice del consumo che prevede, al comma 1, la sostanziale riproposizione della normativa europea senza elementi di innovazione:

²⁴⁹ Considerando 17.

“Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”.

Va precisato, inoltre, che, così come originariamente previsto dalla normativa europea, anche la disciplina italiana prevede l'esclusione della vessatorietà, ai sensi dell'articolo 34, commi 4 e 5 del Codice del consumo, per tutte quelle clausole che abbiano formato oggetto di trattativa individuale fra consumatore e professionista; nel caso di conclusione del contratto tramite moduli o formulari, la prova dell'effettiva trattativa individuale incombe sul professionista.

In linea con la disposizione europea, poi, la norma prosegue individuando un elenco di ipotesi in cui le clausole contrattuali “*si presumono vessatorie fino a prova contraria*” e qui vengono in rilievo quelle dettate dalle lettere b) e t) del comma 2 dell'articolo 33 del Codice del consumo che si discostano parzialmente dalle loro omologhe comunitarie, in particolare per l'espunzione di qualsiasi riferimento all'arbitrato o alla compromettibilità in arbitri della controversia. Le predette disposizioni, infatti, prevedono la presunzione di vessatorietà *iuris tantum* delle clausole che abbiano come oggetto o come effetto, rispettivamente quello di:

“b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”;

“t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi”.

Completano la disciplina consumeristica in materia di clausole vessatorie gli articoli 34 e 35 che individuando gli elementi necessari al fine di consentire al giudice la valutazione di vessatorietà della clausola, escludendo la rilevanza dell'oggetto del contratto o della misura del corrispettivo ⁽²⁵⁰⁾. L'accertamento, inoltre, deve essere svolto tenuto conto delle (sole) circostanze presenti al momento della sottoscrizione del contratto ed adottando l'interpretazione più favorevole al consumatore, similmente a quanto accade nella disciplina americana ⁽²⁵¹⁾.

Infine, l'articolo 36 del Codice del consumo prevede la cosiddetta *black list* delle clausole da considerarsi invalide quand'anche abbiano formato oggetto di trattativa individuale, ovvero, per quanto qui di rilievo, quelle che abbiano per oggetto o per effetto di:

²⁵⁰ v. articolo 34 codice del consumo: “1. La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende. 2. La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. 3. Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riprodottrici di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea. 4. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale. 5. Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore”.

Articolo 35 “1. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. 2. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. 3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all'articolo 37”.

²⁵¹ v. Cap. II, §§ 3.1 e 3.2.

“b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”.

La sanzione prevista dal legislatore per la clausola vessatoria è la nullità di protezione (cfr. articolo 36 del Codice del consumo) che, conseguentemente, opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata anche d'ufficio da parte del giudice.

Ciò premesso sotto il profilo strettamente normativo, è da rilevarsi come l'accertamento della vessatorietà della clausola contrattuale sia rimesso ad un sindacato ampiamente discrezionale da parte del giudice i cui limiti e riferimenti, anche normativi, non sono affatto chiari o univoci.

Ci si riferisce, in particolare al fatto che:

(i) quanto alla disposizione del comma 1 dell'articolo 33 del Codice del consumo, il legislatore ha senz'altro creato una fattispecie di nullità virtuale secondo il modello dell'articolo 1418, comma 1 del Codice civile fondato sull'accertamento del “*significativo squilibrio*”, definendo tale “*squilibrio*” solo in negativo, ovvero come non attinente alle qualità/quantità del bene oggetto di contratto né relativo alla misura del corrispettivo richiesto ⁽²⁵²⁾ ⁽²⁵³⁾. Al fine, dunque, del giudizio circa la sussistenza dello “*squilibrio*”, il giudice dovrà svolgere una valutazione complessiva dei diritti e degli obblighi di entrambe le parti e non dei soli diritti ed obblighi assunti dal consumatore: ciò

²⁵² v. articolo 34 del codice del consumo.

²⁵³ Considerando 19 direttiva “*considerando che, ai fini della presente direttiva, la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; che, nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole, si può comunque tener conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo; che ne consegue tra l'altro che, nel caso di contratti assicurativi, le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di siffatta valutazione qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore*”

implica che non potrà considerarsi vessatoria una clausola che imponga “limitazioni” (latamente intese) al consumatore ove queste siano considerate adeguatamente bilanciate da altrettante “limitazioni” a carico dell’impresa tali da ricondurre le parti ed il contratto ad una condizione di sostanziale equilibrio. In più chiari termini, l’accertamento di una condizione contrattuale deteriore rispetto alla norma di tutela del consumatore non è di per sé ragione sufficiente a far dichiarare vessatoria la relativa clausola contrattuale;

(ii) quanto alla disposizione del comma 2 dell’articolo 33 del Codice del consumo, il legislatore ha fatto impiego della “*presunzione di vessatorietà*” secondo lo schema della presunzione semplice di cui all’articolo 2729 del Codice civile. Tale richiamo alla presunzione, tuttavia, è atecnico dacché il giudizio di vessatorietà non rappresenta una circostanza di fatto suscettibile di prova contraria né, conseguentemente, esiste un fatto storico che possa essere decisamente dedotto in giudizio al fine di superare la presunzione di vessatorietà. Quale sia, dunque, l’ambito della prova contraria non è chiaro e la questione ha diviso la dottrina: alcuni autori ⁽²⁵⁴⁾, infatti, hanno ritenuto doversi ricondurre l’ambito della prova contraria alla mera prova della sussistenza delle trattative che, ai sensi dell’articolo 35, comma 4 del Codice del consumo farebbe venir meno, *tout-court*, la vessatorietà della clausola che importa lo squilibrio delle posizioni soggettive delle parti; altra parte della dottrina ⁽²⁵⁵⁾ ha, invece, rimarcato come la prova contraria debba riguardare il solo squilibrio e non anche la sussistenza di trattativa. A mio avviso, deve accogliersi l’orientamento di chi ha osservato come la presunzione disposta dal legislatore possa essere vinta in concreto sia attraverso la prova contraria in merito alla trattativa sia sotto il profilo del significativo squilibrio ⁽²⁵⁶⁾, con principale obbligo per il giudice di motivare un eventuale giudizio di non vessato-

²⁵⁴ CESARO, *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Torino, 1994, 13, per il quale la prova contraria può riguardare solo la sottoposizione della clausola a trattativa individuale.

²⁵⁵ LENER, op. cit., 1996, 148.

²⁵⁶ CIAN, op. cit., 1996; 416; CERERE, in BARENGHI, op. cit., 1996, 68.

rietà delle clausole ricomprese nell'elenco alla stregua dei criteri contenuti negli artt. 33 e 34.

Tale è senz'altro, la soluzione interpretativa preferibile, considerato che da un lato, la sussistenza della trattativa costituisce ipotesi di per sé idonea a provocare l'esclusione normativa dal giudizio di vessatorietà ai sensi dell'articolo 34, comma 4 del codice civile (salvo, ovviamente che per le ipotesi contemplate nella *black list*); dall'altro lato, è evidente come l'elencazione del comma 2 dell'articolo 33 – così come dell'allegato alla Direttiva comunitaria – costituisce esclusivamente una esemplificazione tipizzata delle ipotesi in cui, nell'interpretazione del legislatore, interno ed europeo, ci si ritrova in una situazione di squilibrio rilevante ai sensi del comma 1 dell'articolo 33 del Codice del consumo, salvo che non sussistano elementi – non contemplati nella tipizzazione normativa e la cui prova è a carico dell'impresa – che consentano al giudice di ritenere appianato l'apparente “squilibrio” sussistente fra le parti.

D'altro canto, invece, adottare una soluzione *tranchante* per cui la mera sussistenza delle trattative comporterebbe l'esclusione del carattere vessatorio della clausola appare soluzione, a mio avviso, incoerente con la *ratio* della normativa italiana ed europea ed il caso della “*unconscionability*” trattato dalle corti americane – specie quelle californiane – esposto nei capitoli precedenti ⁽²⁵⁷⁾ ne è un esempio evidente.

Effettivamente, anche laddove il giudice dovesse accertare che fra le parti siano intercorse delle “*trattative*”, al fine di escludere lo scrutinio di vessatorietà astrattamente imposto dal legislatore, lo stesso giudice non potrebbe – a mio avviso – prescindere da un'indagine concreta sulla reale natura delle trattative stesse: se le medesime siano state condotte sull'effettivo contenuto della clausola ovvero se abbiano avuto il carattere del *take-it-or-leave-it* ovvero se il consumatore abbia più semplicemente dimostrato un sincero disinteresse al contenuto del testo contrattuale ancorché a ciò sollecitato da parte dell'impresa.

Compito del giudice sarà quello di verificare la concreta sussistenza di una trattativa sul contenuto negoziale della clausola

²⁵⁷ v. Cap. II, §§ 3.1 e 3.2.

ovvero, quantomeno, la certificazione che il consumatore non abbia, per colpa, coltivato le trattative perché a ciò disinteressato, nonostante a ciò sollecitato da parte dell'impresa.

Infine, costituisce opinione (condivisibile) sostanzialmente unanime in dottrina ⁽²⁵⁸⁾ che l'esame sostanziale circa la vessatorietà della clausola ai sensi degli articoli 33 e seguenti del Codice del consumo non esaurisca il "test" di validità della clausola richiesto al giudice del merito, dovendo, in ogni caso, quest'ultimo verificare il rispetto anche dei requisiti formali imposti dagli articoli 1341 ed 1342 del Codice civile, anch'essi da ritenersi soggetti al regime di nullità di protezione di cui all'articolo 36 del Codice del consumo ⁽²⁵⁹⁾.

2.2 *La giurisprudenza in materia di clausole vessatorie*

Riservando al prosieguo l'esame delle decisioni rese nel diritto interno in materia di clausole vessatorie, appare utile ripercorrere, preliminarmente, alcuni principi in materia di tutela consumeristica ricavabili dagli insegnamenti della Corte di Giustizia Europea a più riprese interrogata, in via preliminare, circa la compatibilità delle discipline di recepimento adottate dagli Stati Membri rispetto alla fonte primaria europea.

In particolare, la Corte di Giustizia Europea, con il caso *Oceano Grupo Editorial SA* ⁽²⁶⁰⁾, ha puntualizzato che l'abusività della clausola può e deve essere rilevata anche dal giudice d'ufficio in ogni stato e grado del processo, anche ove la normativa interna preveda termini preclusivi alla facoltà di

²⁵⁸ CERERE, in BARENGHI, op. cit., 1996, 705; CIAN, op. cit., 1996, 412 ss.; DE NOVA, op. cit., 1996, 9; LENER, op. cit., 1996, 163; MINERVINI, op. cit., 1999, 188; MINERVINI, in GENTILI, op. cit., 2006, 590 ss., ove sono considerate criticamente le ragioni della tesi contraria; *contra* v. ALBANESE, op. cit., 2008, 68.

²⁵⁹ LENER, op. cit., 1996, 163.

²⁶⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0240>

sollevare eccezioni ⁽²⁶¹⁾. Nell'enunciare il principio, la Corte rilevava anche come fosse di scarso o nessun rilievo la circostanza che la Spagna non avesse ancora recepito la direttiva comunitaria 93/13 circa la vessatorietà delle clausole contrattuali abusive, in quanto il principio di interpretazione conforme comunitario, implica che il diritto interno sia applicato conformemente alla *ratio* della normativa comunitaria per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi in tal modo alla disposizione dell'articolo 249, comma 3 del Trattato (ex articolo 189). Ciò, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, in quanto anche le direttive non recepite possono produrre l'effetto di escludere l'applicazione di una regola nazionale difforme e quindi, in ultima analisi, possono offrire al giudice la disciplina regolatrice della fattispecie ⁽²⁶²⁾.

I principi enunciati nel caso *Oceano* sono poi stati ribaditi dalla Corte di Giustizia Europea con maggior vigore nel caso *Mostaza Claro* ⁽²⁶³⁾, ove l'eccezione circa la vessatorietà della clausola che deferiva agli arbitri la risoluzione della controversia era stata sollevata solo nel giudizio di impugnazione del lodo, senza che nel corso dell'arbitrato il consumatore avesse sollevato eccezioni circa la validità della clausola compromissoria, pur essendo a ciò tenuto dalla normativa interna che prevedeva un termine decadenziale per tale eccezione nell'ambito degli scritti introduttivi. La Corte di Giustizia, nel regolare la contro-

²⁶¹ v. sentenza della Corte di Giustizia Europea del 21 novembre 2002 in *Foro it.*, 2003, I, 16 ss., caso *Cofidis*, che ribadisce il potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio l'illiceità di una clausola vessatoria, in quanto solo tale modalità costituisce il mezzo idoneo per garantire al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto il rischio che questo potrebbe anche incontrare difficoltà a rivendicarla; tutela che deve estendersi, aggiunge la Corte, ai casi in cui il consumatore che ha stipulato con un professionista un contratto contenente una clausola abusiva si astenga dal dedurre l'abusività di detta clausola perché ignora i suoi diritti o perché viene dissuaso dal farli valere a causa delle spese che un'azione giudiziaria comporterebbe.

²⁶² Paragrafo 30 della sentenza *Oceano*.

²⁶³ v. sentenza della Corte di Giustizia Europea 26 ottobre 2006, in *Danno e resp.*, 2007, 875 ss., con nota di PASTORELLI, *Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo*.

versia in favore del consumatore, enunciava l'imperatività della norma di cui all'articolo 6 della direttiva 93/13, ovvero che le clausole abusive “*non vincolano*” il consumatore né la normativa interna può imporre termini o decadenze per l'esperibilità dell'eccezione o l'accertamento giudiziale di vessatorietà.

Alla decisione *tranchante* della Corte emessa nel caso *Mostaza Claro* è poi stato apportato un qualche contemperamento nell'ambito della decisione *Pannon GSM* ⁽²⁶⁴⁾, ove il giudice europeo rimarcava il carattere protettivo in favore del consumatore della norma enunciata nel richiamato articolo 6 della direttiva 93/13, delegando dunque a quest'ultimo, in via esclusiva la decisione di valersene o meno ⁽²⁶⁵⁾. Compito del giudice, pertanto, è quello di rilevare – in ogni stato e grado – la vessatorietà della clausola contrattuale abusiva e dichiararne la “*non vincolatività*” solo ove a ciò richiesto – in ogni stato e grado del processo – da parte del consumatore. Inoltre, la Corte ribadiva che l'accertamento in merito alla vessatorietà della clausola contrattuale è giudizio di merito riservato, in via esclusiva, al giudice nazionale investito della questione ⁽²⁶⁶⁾.

3. La clausola compromissoria

Fatte le dovute premesse sul quadro normativo di riferimento, occorre ora affrontare il tema della validità della clausola compromissoria inserita nel contratto di consumo sottoscritto dal consumatore e se questa sia di per sé idonea ad escludere la possibilità per il medesimo di ricorrere alla tutela di classe prevista dall'ordinamento italiano con riferimento alla disciplina sia dell'azione di classe consumeristica sia della azione di clas-

²⁶⁴ v. sentenza della Corte di Giustizia Europea 4 giugno 2009, Foro it., 2009.

²⁶⁵ *Id.*, paragrafo 33.

²⁶⁶ *Id.*, paragrafo 42 che ribadisce il principio enunciato nella sentenza 1 aprile 2004 resa nel caso *Freiburger Kommtunalbauten*, in Foro it., 2005, I, 336.

se di recente adozione inserita all'interno del Codice di procedura civile.

La verifica circa la legittimità della clausola compromissoria sarà affrontata sulla base della verifica richiesta dall'articolo 33 del Codice del consumo, lettere b) e t), proprio prendendo le mosse da quest'ultima fattispecie.

3.1 *Clausola compromissoria e deroga alla giurisdizione ordinaria*

Come osservato precedentemente, l'articolo 33, lettera t) del Codice del consumo presume la vessatorietà delle clausole che importino “*deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*”.

La giurisprudenza delle corti interne interessate della controversia circa la validità della clausola compromissoria inserita all'interno del contratto sottoscritto dal consumatore ha tradizionalmente escluso la legittimità delle stesse – nel vigore sia della disciplina consumeristica del codice civile sia, successivamente, di quella del Codice del consumo – affrontando la tematica in maniera *tranchante* dando definitivamente per acquisito che l'arbitrato integri una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria ⁽²⁶⁷⁾.

Le pronunce più recenti sono, per quanto si dirà *infra*, quelle che rivestono carattere di maggiore interesse.

Con la sentenza n. 33163 del 21 dicembre 2018, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Milano che aveva negato il proprio difetto di “*giurisdizione*” in favore del collegio arbitrale cui le parti – un privato ed un architetto – avevano fatto rinvio per la definizione delle controversie insorte con il contratto di mandato professionale. Nel cassare la sentenza, infatti, la Suprema Corte rilevava come nel procedimento *a quo* fosse mancata l'indagine probatoria da parte della

²⁶⁷ In altre occasioni, qui non di rilievo, la giurisprudenza ha accertato il tema della vessatorietà della clausola arbitrale in quanto derogativa della tutela del Foro di residenza del consumatore: Corte appello Napoli sez. III, 09/01/2018, n. 73;

corte territoriale circa la sussistenza di trattative fra le parti in merito all'inserimento nel contratto della clausola compromissoria che, in difetto, avrebbe dovuto essere considerata vessatoria ai sensi dell'articolo 33, lettera t) del Codice di consumo. In tale prospettiva, dunque, la circostanza che la clausola compromissoria costituisse deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria assurge ad elemento presupposto neppure oggetto di analisi o accertamento:

“[I]l D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, lett. t), nello stabilire che si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto il sancire a carico del consumatore deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, trova applicazione anche con riferimento alla clausola compromissoria. Mentre spetta al consumatore, ex art. 34, comma 5, Codice del Consumo, che agisca in giudizio, di allegare e provare che il contratto è stato predisposto dal professionista e che le clausole costituenti il contratto corrispondono a quelle vessatorie di cui al citato D.Lgs. all'art. 33, comma 2, spetta, invece, al professionista superare tale presunzione, dando prova che la sottoscrizione della clausola derogatrice della competenza ha costituito l'esito di una trattativa individuale, seria ed effettiva, essendo a tal fine insufficiente la mera aggiunta a penna della clausola, nell'ambito di un testo contrattuale dattiloscritto, o la mera approvazione per iscritto della clausola medesima (Cass, ord, 26/09/2008, n. 24262; Cass, ord, 10/07/2013, n. 17083). Nella specie tale prova non è stata indagata. (...) ne consegue che il ricorso per cassazione deve essere accolto; la sentenza va cassata con rinvio”.

Analogamente, in altro recente caso ⁽²⁶⁸⁾, la Suprema Corte adita nell'ambito di un procedimento per regolamento di com-

²⁶⁸ Cassazione civile sez. VI, 13/02/2017, n. 3744.

potenza emetteva ordinanza con la quale cassava la decisione del Tribunale di Macerata che aveva dichiarato la “*improponibilità*” della domanda giudiziaria presentata da un gruppo di risparmiatori contro l’intermediario finanziario nel cui contratto quadro era inserita una clausola compromissoria per tutte le controversie nel corso del rapporto di investimento.

Nel cassare la pronuncia di incompetenza del giudice *a quo*, la Suprema Corte rilevava che la clausola compromissoria avrebbe dovuto essere dichiarata vessatoria in assenza di preventiva verifica circa le intervenute trattative fra risparmiatori e intermediario finanziario in merito alla volontà di deferire in arbitri le controversie; conseguentemente, venivano enunciati i seguenti principi di diritto:

“In tema di arbitrato tra banca e consumatore, la deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria in favore degli arbitri, in forza di quanto previsto dal D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. t), è possibile alla condizione che si dimostri l’esistenza di una specifica trattativa tra le parti, e la prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale di deroga, ponendosi l’esistenza della trattativa come un prius logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola”.

“La validità della clausola compromissoria in tema di arbitrato tra banca e consumatore (nella specie: contenuta nel cd. contratto quadro) è subordinata alla specifica negoziazione ed approvazione per iscritto, onde nei casi in cui essa sia inserita in contratti contenenti condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti (il professionista), la stessa deve essere dichiarata nulla perché, in forza di quanto previsto dal D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. t), la deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria al di fuori di tali condizioni è da considerarsi

vessatoria e contraria alla disciplina di protezione del consumatore”.

Anche in questo caso, non sorge questione circa la possibilità di ritenere che la clausola compromissoria costituisca deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria: presupposto che la Suprema Corte non solo dà per pacifico, ma anzi riafferma:

“la clausola in questione dovrebbe essere dichiarata nulla alla luce del risalente (ma ancora attuale) principio di diritto secondo cui “l’efficacia della clausola compromissoria, in quanto clausola vessatoria, è subordinata alla specifica approvazione per iscritto nei soli casi in cui detta clausola sia inserita in contratti con condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti (art. 1341 c.c., comma 1) ovvero conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari (art. 1342 c.c., comma 1)” (Sez. 1, Sentenza n. 4351 del 1993; Sez. 1, Sentenza n. 8407 del 1996)”.

Tali principi di diritto enunciati dalla Suprema Corte, ancorché formalmente circoscritti al rapporto tra “*banca e consumatore*”, non sembra possano essere limitati soggettivamente in considerazione delle peculiarità del rapporto bancario, ma possono essere estensibili in via generale a qualsiasi rapporto di consumo intercorrente fra professionista e consumatore.

Nell'esaminare gli orientamenti giurisprudenziali espressi (²⁶⁹), dunque, si potrebbe ravvisare la consacrazione dell'orientamento dottrinale che considera che solo la “*trattativa*” costituisca la “*prova contraria*” richiesta dall'articolo 33 del Codice del consumo al fine di vincere la presunzione di vessatorietà delle fattispecie esemplificative ivi racchiuse (²⁷⁰). Ciò ha portato alcuni, in particolare, a concludere che, nel giudizio

²⁶⁹ Gli esempi di pronunce giurisdizionali conformi sono molteplici: Cassazione civile sez. III, 08/05/2015, n. 9315; Tribunale Roma, 18/08/2006, *Banca borsa tit. cred.* 2008, 1, II, 110 con nota di MANCINI;

²⁷⁰ v. § 2.1.

di vessatorietà, sia del tutto indifferente il tipo di arbitrato cui la clausola compromissoria fa riferimento, dacché ove il giudice accerti l'esistenza della trattativa intercorsa, l'accordo formato sull'inserimento della clausola compromissoria renderebbe superflua qualsiasi indagine giudiziale sul tipo di arbitrato prescelto e sulle concrete modalità di suo svolgimento ⁽²⁷¹⁾.

La lettura offerta dalla giurisprudenza e dalla dottrina, tuttavia, a mio avviso non persuade, considerato che non sembra più corretto ritenere la clausola compromissoria come operante una deroga alla competenza dell'autorità giurisdizione ai fini di cui all'articolo 33, lettera t) del Codice del consumo e, in ogni caso, non potendosi ritenere esaurito il discernimento giudiziale circa la vessatorietà della clausola compromissoria con la mera verifica che siano intercorse trattative tra le parti.

3.1.1 *Segue*: la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria

Nel verificare se la clausola compromissoria operi una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria verrebbe naturale accodarsi al dibattito annoso, dottrinale e giurisprudenziale, sulla possibilità di riconoscere un posto all'arbitrato all'interno della giurisdizione statale: questione, di cui si darà conto, ma che, a mio avviso, non può considerarsi dirimente ai fini dell'indagine qui in rilievo.

In merito all'appartenenza dell'arbitrato al potere giudiziario, come noto, sussistono due dottrine contrapposte, quella giurisdizionale e quella contrattuale ⁽²⁷²⁾, che, pur vivendo alterne

²⁷¹ ALBANESE, *Il contenzioso bancario e finanziario: tra sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e vessatorietà delle clausole compromissorie*, 2017, RCP, 175 ss..

²⁷² Per cui si rinvia a IZZO, IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 38 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2° ed., Padova, 2012, 83 ss.; BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005, 23 ss.; TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1964, 1021 ss.

fortune a seconda del periodo storico, non sono mai riuscite ad affermarsi definitivamente l'una sull'altra:

(i) la teoria giurisdizionale considera l'arbitrato parte integrante del sistema giustizia, interno alla funzione statuale, considerata la naturale commistione da sempre esistente fra i due sistemi: a partire dal Codice di procedura civile del 1865 che prevedeva l'obbligatorietà del deposito del lodo in tribunale entro cinque giorni dall'emissione, pena la sua inesistenza; la disciplina del codice del 1940, prima della riforma del 1994, che attribuiva al lodo depositato efficacia di sentenza; da ultimo, il riformato articolo 824-*bis* del Codice di procedura civile (²⁷³), che conferisce al lodo arbitrale, fin dalla sua sottoscrizione, effetti di sentenza;

(ii) la teoria contrattuale riconduce l'arbitrato alla sola sfera negoziale, sulla considerazione che il fondamento del potere arbitrale non ha origine statale, ma esclusivamente negoziale: di conseguenza, il lodo è valido ed efficace come qualunque altro negozio giuridico che non richiede l'intervento autoritativo statale.

Il dibattito, in particolare giurisprudenziale, fino agli anni '90 sembrava propendere per la teoria giurisdizionale, finché la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2000 (²⁷⁴) ha sparigliato:

“La concezione sulla natura privata dell'arbitrato [...] porta a qualificare il procedimento arbitrale come ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale, una volta che si fonda sul consenso delle parti, e che la decisione proviene da soggetti privati radicalmente carenti di potestà giurisdizionale di imperio. Vale a dire che il giudizio arbitrale è antitetico a quello giurisdizionale e ne costituisce la negazione. Correlativamente, la devoluzione della controversia

²⁷³ v. articolo 824-*bis*: “Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”.

²⁷⁴ Cassazione civile sez. un., 03/08/2000, n. 527, *Giust. civ. Mass.* 2000, 1460, *Riv. arbitrato* 2000, 699 con nota di FAZZALARI.

ad arbitri si configura quale rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, nonché quale manifestazione d'una opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il dictum di soggetti privati. Da ciò, la puntuale identificazione, in dottrina, del compromesso quale patto di deroga della giurisdizione. [...] L'attribuzione al lodo, a posteriori, di effetti propri della sentenza non può incidere sulla sua configurazione quale atto negoziale e, a fortiori, sulla costruzione del giudizio arbitrale quale giudizio privato; e può essere intesa solo quale attribuzione quoad effectum che lascia inalterata la natura originaria".

La questione, tuttavia, è rimasta tutt'altro che definita e, in particolare negli anni più recenti, le pronunce della Suprema Corte a sostegno della tesi giurisdizionale ⁽²⁷⁵⁾ e della tesi contrattuale ⁽²⁷⁶⁾ si sono alternate ⁽²⁷⁷⁾.

Va, dunque, oggi prendendo piede la teoria dell'appartenenza dell'arbitrato ad un *tertium genus* che supera la contrapposizione tradizionale. Tale teoria, infatti, rileva che il concetto di giurisdizione ha un significato poliforme:

²⁷⁵ Cass., ord., 26 ottobre 2013, n. 24153: *"La funzione giurisdizionale sui diritti si esercita davanti ai giudici ordinari, essendo tuttavia consentito alle parti, nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regola agendo 'a tutela dei propri diritti' davanti a giudici privati, riconosciuti tali dalla legge, in presenza di determinate garanzie [...] La normativa [...] pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale"*.

²⁷⁶ Cass., 13 febbraio 2014, n. 3316 torna indietro, affermando che *"deve escludersi che l'arbitrato, pur se rituale, sia riconducibile alla giurisdizione, risultando tale principio confortato anche dalla giurisprudenza costituzionale, sull'evidenziato rilievo che il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti"*.

²⁷⁷ Nello stesso anno, Cass., 8 gennaio 2014, n. 132, afferma al contrario che si applica all'arbitrato l'art. 5 c.p.c., *"non potendosi ormai dubitare della natura giurisdizionale dell'attività svolta nell'ambito dell'arbitrato rituale"*.

“Infatti, se viene intesa come potere giurisdizionale in senso stretto, cioè un potere che promana dallo Stato ed in quanto tale è caratterizzato dall’imperium, in detta definizione non è possibile ricomprendere l’arbitrato, che è privo dell’elemento di autoritatività; se invece viene intesa in senso etimologico, come iuris dictio, o come servizio per l’individuo, vi rientra anche l’arbitrato, che tende, al pari della giustizia statale, all’accertamento dell’esistenza o del modo di essere dei diritti. In questa prospettiva, entrambe le teorie colgono una parte di verità” ⁽²⁷⁸⁾.

La teoria del *tertium genus* inquadra, dunque, l’arbitrato come un servizio fungibile rispetto a quello dello Stato, la cui decisione – il lodo – è una fattispecie precettiva autonoma, rispetto alla sentenza, al contratto o all’atto amministrativo idoneo a definire la controversia, concorrendo con la giurisdizione statale ad assicurare la medesima utilità economica del diritto di azione di cui all’articolo 24 della Costituzione.

Ritornando alle sentenze in commento al paragrafo precedente circa la vessatorietà della clausola compromissoria, sembrerebbe che la Corte di Cassazione sia rimasta indifferente al più recente dibattito, accogliendo la teoria contrattuale ed applicandola al discernimento richiesto dall’articolo 33, lettera t) del Codice del consumo con conseguente accertamento che l’arbitrato deroga, *tout-court*, la competenza della autorità giurisdizionale.

Una tale lettura, tuttavia, non è più, a mio avviso, perseguibile né avallata dall’attuale testo normativo, nonché, più in generale, dalla *ratio* normativa, italiana ed europea, in materia di tutela dei consumatori e di diritto arbitrale.

Ciò, a partire dal dato letterale, considerato che la norma dell’articolo 33, lettera t) del Codice del consumo fa riferimento alla deroga alla competenza dell’autorità “*giudiziaria*” e, come giustamente osservato dalla teoria del *tertium genus*,

²⁷⁸ GALLI ZUCCONI FONSECA, *Diritto dell’arbitrato*, Bologna, 2016, 19 ss..

all'arbitrato è sicuramente riconosciuta l'autorità *iuris dicere* riconosciuto dalla Stato e da quest'ultimo equiparato alla sentenza resa dalle corti statali, ancorché la fonte della sua legittimazione sia di origine contrattuale anziché pubblica. Non vi è, dunque, nella legge, a ben vedere, alcuna indicazione univoca dell'intento del legislatore di presumere vessatoria qualsiasi clausola che abbia per oggetto o come effetto quello di derogare al *potere giurisdizionale* esercitato dalle sole *corti statali*.

Tale lettura, peraltro, sembra più coerente con la disciplina europea in materia di consumatori ed arbitrato: ciò, a partire dalla Direttiva 93/13 che, come visto, non prevedeva alcun disfavore per l'arbitrato, salvo il caso in cui la clausola compromissoria prevedesse l'obbligo del "*consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto*" (279).

Il richiamo non è però decisivo, come precisato dalla Direttiva, considerato che "*l'elenco delle clausole figuranti nell'allegato ha solamente carattere indicativo e che, visto il suo carattere minimo, gli Stati membri possono integrarlo o formularlo in modo più restrittivo, nell'ambito della loro legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda la portata di dette clausole*".

Ciò non di meno, l'esemplificazione contenuta nella Direttiva europea ha sicuramente il pregio di indicare una volontà del legislatore europeo di non discriminare l'arbitrato quale mezzo di risoluzione delle controversie insorte fra impresa e consumatori. Anzi, l'esatto contrario: la prova è offerta dalla Direttiva 2013/11/UE del Parlamento e del Consiglio Europeo "*sulla risoluzione delle controversie dei consumatori – Direttiva sull'ADR per i consumatori*" con cui l'adozione da parte degli Stati membri di modalità serie ed efficienti di risoluzione alternativa delle controversie viene indicata quale strumento primario per garantire il duplice scopo fondamentale dell'Unione Eu-

²⁷⁹ Allegato I alla direttiva 93/13, lettera q).

ropea: la creazione e la funzionalità del mercato unico europeo ⁽²⁸⁰⁾ e l'elevato livello di protezione dei consumatori ⁽²⁸¹⁾.

In tale ottica, la norma dell'articolo 33, lettera t) del Codice del consumo, il cui tenore letterale appare tutt'altro che univoco, sembra doversi più correttamente interpretare mediante una lettura estensiva che, dunque, non ritenga vessatoria qualsiasi clausola che abbia come oggetto o come effetto quello di derogare alla giurisdizione esercitata all'interno delle corti statali,

²⁸⁰ Fra i vari passaggi rilevanti della direttiva, si ricorda il considerando (1): *“L'articolo 169, paragrafo 1, e l'articolo 169, paragrafo 2, lettera a), del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabiliscono che l'Unione deve contribuire ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'articolo 114 TFUE. L'articolo 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che nelle politiche dell'Unione deve essere garantito un livello elevato di protezione dei consumatori”*.

²⁸¹ Fra i vari passaggi rilevanti della direttiva, si richiamano i considerando (4), (5) e (6): *“(4) È opportuno che i consumatori traggano vantaggio dall'accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie nazionali e transfrontaliere derivanti da contratti di vendita o di servizi, in modo da rafforzare la loro fiducia nel mercato. Tale accesso dovrebbe valere sia per le operazioni online che per quelle offline, soprattutto se i consumatori acquistano oltre confine.*

(5) La risoluzione alternativa delle controversie (ADR) offre una soluzione semplice, rapida ed extragiudiziale alle controversie tra consumatori e professionisti. Tuttavia, l'ADR non è ancora sviluppata in maniera sufficiente e coerente nell'Unione. È deplorabile che, nonostante le raccomandazioni della Commissione 98/257/CE (...) e 2001/310/CE (...), l'ADR non sia stato attuato correttamente e non funzioni in modo soddisfacente in tutte le zone geografiche o in tutti i settori economici dell'Unione. I consumatori e i professionisti non sono ancora a conoscenza dei meccanismi extraprocessuali di ricorso esistenti e soltanto un'esigua percentuale di cittadini sa come presentare un reclamo a un organismo ADR. Laddove le procedure ADR sono disponibili, i loro livelli qualitativi variano notevolmente da uno Stato membro all'altro e le controversie transfrontaliere non sono spesso trattate in modo efficace dagli organismi ADR.

(6) Le disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR tra gli Stati membri rappresentano una barriera al mercato interno e sono da annoverare tra le ragioni per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri e temono che eventuali controversie con i professionisti non possano essere risolte in modo facile, rapido ed economico”.

purché il potere di *iuris dicere* sia affidato, come richiesto dalla Direttiva sull'ADR per i consumatori, ad organismi riconosciuti dallo Stato Membro e che approntino le garanzie fondamentali di giusto processo così da porsi come veri strumenti di esercizio alternativo del diritto di azione di cui all'articolo 24 della Costituzione. Fra questi, sicuramente rientra l'arbitrato la cui funzione è equiparata a quella delle corti giurisdizionali statali e la cui decisione è dotata del medesimo *status* giuridico della sentenza giudiziale. D'altro canto, risulterebbe del tutto irragionevole la "ghettizzazione" dell'arbitrato nella valutazione di vessatorietà rispetto alle ADR al cui ricorso è stata concessa una strada preferenziale anche mediante l'introduzione delle lettere *v-bis*) e *v-ter*) del comma 2 dell'articolo 33 del Codice ⁽²⁸²⁾.

Una tale conclusione è poi confortata anche dal *favor* crescente che il legislatore interno riserva all'arbitrato ⁽²⁸³⁾ al fine di superare l'ideale che il sistema giustizia possa essere delegato al monopolio esclusivo della giurisdizione statale che, in assenza di adeguati strumenti deflattivi, non sarà in grado di rispondere all'esigenza di amministrare la giustizia nell'ambito di un equo processo ⁽²⁸⁴⁾.

²⁸² Articolo 33, comma 2 del codice del consumo: "*Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:* (...)

v-bis) imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR;

v-ter) rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V"

²⁸³ GALLI ZUCCONI FONSECA, op. cit., 2016, 21 ss.; l'autrice, in particolare, rileva come l'intera riforma del 2006 della disciplina dell'arbitrato abbia introdotto l'intento legislativo di favorire l'arbitrato: "*Dalla diffidenza si è passati alla tolleranza, fino ad un vero e proprio favore verso l'arbitrato: un favor che non deve trovare giustificazione nell'esigenza di ridurre il contenzioso davanti al giudice statale, ma nella necessità di venire incontro al bisogno dell'individuo di una forma alternativa di giustizia, fondata sulla legittimazione del proprio giudice dal basso*".

²⁸⁴ Nello stesso senso muovono le proposte di riforma del Codice di consumo, in particolare quella elaborata dalla Commissione diretta dal Prof. GUIDO ALPA (*Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di*

Come correttamente osservato dalla più attenta dottrina, dunque, “*L’equivalenza di funzione [fra arbitrato e giurisdizione statutale, n.d.r.] mette in secondo piano la questione della collocazione dell’arbitrato dentro o fuori dalla giurisdizione*” ⁽²⁸⁵⁾, in particolare, aggiungo, per quanto rilevante ai fini dell’applicazione della norma di cui all’articolo 33, lettera t) del Codice del consumo.

3.1.2 *Segue*: Il valore delle trattative tra le parti ai fini della valutazione di vessatorietà della clausola.

Sotto diverso profilo rispetto a quanto sopra discusso, neppure sembra condivisibile, a mio avviso, l’orientamento giurisprudenziale enunciato dalla Corte di Cassazione con le sentenze sopra richiamate ⁽²⁸⁶⁾ che pare ridurre l’indagine di merito del giudice circa la vessatorietà della clausola compromissoria alla sola verifica che siano intercorse trattative; ciò, tantomeno laddove si ritenga, come sembra avallare la Suprema Corte, che la prova delle intercorse trattative sia raggiunta con la “*specificata negoziazione ed approvazione per iscritto*”, lasciando intendere che sia sufficiente la mera sottoscrizione separata della clausola

organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all’arbitrato) che, proprio a in riforma dell’articolo 33, comma 2, lettera t), propone l’adozione della seguente formulazione: “*Sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, limitazioni all’adozione di prove, inversioni o modificazioni dell’onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria. Sono fatte salve le convenzioni arbitrali di cui all’articolo 806 del codice di procedura civile e seguenti, purché, fermo restando il foro del consumatore, siano soddisfatti i requisiti prescritti dal comma 1, gli arbitrati siano rituali di diritto, siano amministrati a norma dell’articolo 832 del codice di procedura civile, commi primo, secondo, terzo, quarto e quinto, e sia sempre ammessa l’impugnazione per violazione delle regole di diritto*”.

²⁸⁵ *Id.*, 23.

²⁸⁶ v. § 3.1

compromissoria per ritenere la medesima oggetto di negoziato individuale fra le parti.

Quanto al primo profilo, infatti, l'indagine circa la vessatorietà della clausola arbitrale deve, a mio avviso, coinvolgere il giudice nella verifica della forma arbitrale prescelta e dell'effettivo rispetto delle garanzie costituzionali di giusto processo, di diritto di difesa e di contraddittorio. Ciò, in quanto, l'indagine delegata al giudice di merito è primariamente quello di verificare che la clausola contrattuale non abbia comportato un “*significativo squilibrio*” a danno del consumatore ⁽²⁸⁷⁾, imponendo, quindi, come detto, di verificare che il giudizio arbitrale cui la clausola compromissoria rimanda non determini un trattamento peggiore del consumatore rispetto alla posizione contrattuale dell'impresa ed alle garanzie processuali che al medesimo sarebbero riservate in caso di giudizio dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria ⁽²⁸⁸⁾.

L'esperienza americana ripercorsa nei capitoli che precedono può giovare a chiarimento. Si prenda il caso *AT&T Mobility LLC v. Concepción* ⁽²⁸⁹⁾: la controversia nasceva dall'inserimento nel contratto di acquisto di un servizio di telefonia mobile di una clausola compromissoria che prevedeva che l'arbitrato sarebbe stato svolto con costi, anche di assistenza legale, integralmente a carico della compagnia telefonica, in via telematica o comunque virtuale e con una penale a carico di AT&T Mobility LLC pari a USD 7.500 per il caso in cui l'arbitro avesse accolto la domanda del consumatore in misura superiore all'offerta transattiva presentata dalla compagnia telefonica. Ci si domanda se una tale clausola arbitrale non sia idonea a superare la presunzione di vessatorietà di cui all'articolo 33 del Codice del consumo, a prescindere dalla verifica che siano intercorse trattative, considerato che sicuramente determina

²⁸⁷ v. articolo 33, comma 1, del codice del consumo.

²⁸⁸ In questo senso, BENEDETTELLI, *Arbitrato, base-valori ed internazionalizzazione dei mercati finanziari*, Riv. Soc., 1999, 1322 ss.. L'autore, tuttavia, pone l'accento, in particolare, sulla necessità che siano rispettate le procedure arbitrali e, conseguentemente, che siano assicurate le normali garanzie processuali.

²⁸⁹ v. Cap. II, § 3.3.

una posizione contrattuale del consumatore privilegiata rispetto a quella dell'impresa ovvero a quella in cui il medesimo si troverebbe laddove adisse l'autorità giudiziale ordinaria ⁽²⁹⁰⁾. Il caso è forse smaccato, ma sicuramente mette in luce l'insufficienza della verifica che siano intercorse le trattative al fine di giudicare la vessatorietà della clausola compromissoria che, conseguentemente, deve essere esaminata nel merito dell'assetto di interessi che realizza fra le parti in contesa e non su meri presupposti formalistici inidonei a consentire la valutazione di “*squilibrio*” ⁽²⁹¹⁾.

Quanto al secondo profilo, laddove dalla mera sottoscrizione separata si inferisse raggiunta la prova delle trattative circa la volontà delle parti di inserire nel testo contrattuale la clausola compromissoria, si priverebbe la normativa consumeristica della tutela rafforzata speciale rispetto alla normativa ordinaria. A ben vedere, infatti, anche l'articolo 1341, comma 2 del Codice civile richiede la “doppia sottoscrizione” della clausola compromissoria, rendendo così ultronea la disciplina speciale del Codice di consumo: soluzione che appare del tutto incoerente con la *ratio* normativa, interna ed europea, che impone una tutela forte del consumatore.

In tale prospettiva, la prova delle intervenute trattative circa l'inserimento nel testo contrattuale della clausola compromissoria sembra destinata a dover essere integrata mediante prove più pregnanti rispetto alla mera verifica della doppia sottoscrizione: è circostanza notoria – e la dottrina americana della *unconscio-*

²⁹⁰ Ciò, ovviamente, dando per presupposto che sia garantita la terzietà ed imparzialità dell'organo arbitrale giudicante.

²⁹¹ La dottrina, precedentemente, aveva sviluppato orientamenti diversificati raggruppabili in tre correnti di pensiero. Un primo orientamento che fa discendere la nullità di tutte le clausole compromissorie, a prescindere che le stesse prevedano il ricorso all'arbitrato rituale o irrituale (DE NOVA, op. cit. 1996, 26); un secondo orientamento che ritiene nulle esclusivamente le clausole che rimandano ad un arbitrato irrituale (PUNZI, *Il disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 212 ss.; GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, RDC, 1993, I, 555 ss.); un terzo contrapposto orientamento che ritiene nulle le clausole di arbitrato rituale (CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, CG, 1997, 468).

nability ce ne dà ulteriore conferma ⁽²⁹²⁾ – che nell’ambito della sottoscrizione di contratti di consumo il consumatore è richiesto di apporre sottoscrizioni molteplici senza l’oggettiva possibilità né di verificare il contenuto di quanto viene sottoscritto né di operare modifiche al testo contrattuale né di rifiutare alcune delle clausole di cui si richiede la separata sottoscrizione.

E sono proprio tali le fattispecie in cui, a mio avviso, si dovrebbe dare piena attuazione alla “tutela forte” del consumatore prevista dalla normativa settoriale.

3.1.3 *Segue*: Proposte ricostruttive in tema di accertamento della vessatorietà della clausola arbitrale.

In uno sforzo di sintesi di quanto sopra, ai fini della valutazione richiesta dall’articolo 33, lettera t) del Codice del consumo circa la vessatorietà della clausola compromissoria, merita ripensamento, a mio avviso, l’orientamento giurisprudenziale che ritiene che la clausola arbitrale operi una deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria, considerato che, quantomeno ai limitati fini dell’indagine richiesta dalla norma in parola, l’arbitrato sembra a tutti gli effetti costituire uno strumento di esercizio alternativo del diritto d’azione previsto dall’articolo 24 della Costituzione pienamente riconosciuto dal potere giudiziario pubblico ed equiparato alla competenza delle corti statuali.

Anche laddove tale prospettiva fosse ritenuta non convincente, ritengo che l’esame circa la legittimità della clausola arbitrale inserita nel contratto di consumo non potrà arrestarsi alla mera ricerca della manifestazione del consenso quale prova delle intercorse trattative, pena svuotare la tutela consumeristica del carattere di pervasività effettiva riservatogli dall’ordinamento nazionale ed europeo.

Va rilevato, d’altro canto, che imporre all’impresa l’obbligo di fornire una prova rigorosa circa l’esistenza delle intercorse

²⁹² v. Cap. II, §§ 3.1 e 3.2.

trattative, ad esempio, mediante accordo compromissorio separato e la cui sottoscrizione non sia vincolante al fine di accedere al bene o servizio di consumo, potrebbe spingere quest'ultima ad adottare incentivi alla sottoscrizione del compromesso da parte dei consumatori in forme assimilabili a quelle osservate nel caso *AT&T Mobility LLC*, così spingendo la prassi commerciale verso modelli di risoluzione alternativa delle controversie virtuosi ed effettivamente capaci di attirare il contenzioso e deflazionare il ruolo delle corti giurisdizionali ordinarie.

Parallelamente all'indagine giudiziale sulle intercorse trattative fra consumatore ed impresa, il giudice dovrà comunque valutare nel merito la forma di arbitrato prescelta con la clausola compromissoria e accertare che essa realizzi il bilanciamento degli interessi delle parti contrattuali, dichiarandola vessatoria (a prescindere dalla trattativa) ove arrechi un “*significativo squilibrio*” a danno del consumatore.

3.2 *Clausola compromissoria e azione di classe*

Definito il contesto normativo e le proposte interpretative ricostruttive, resta da definire se l'inserimento della *arbitration clause* all'interno dei contratti di consumo comporti una deroga implicita alla tutela di classe similmente a quanto ritenuto operante nel sistema americano (²⁹³); e, ove ciò si verifichi, se la deroga alla possibilità per il consumatore di ricorrere alla tutela di classe incida sulla validità della clausola compromissoria medesima.

3.2.1 *Segue: arbitrato e tutela di classe*

Riducendo in atomi la questione “se la clausola compromissoria operi una deroga alla tutela di classe” significa tentare di

²⁹³ v. Cap. II, § 2.5

rispondere al quesito se l'ordinamento italiano è compatibile con l'arbitrato di classe.

Il presupposto, giuridico e circostanziale, infatti, è che laddove sia ritenuta – come, a mio avviso, sicuramente deve ritenersi – legittima la clausola compromissoria inserita nel contratto di consumo, la controversia fra consumatore ed impresa deve essere deferita all'arbitrato senza possibilità di adire la corte statale nell'ambito di un'azione di classe (consumeristica o processuale) che, ove interpellata, dovrebbe declinare la propria competenza in favore dell'organo arbitrale.

Il dibattito, puramente dottrinale ⁽²⁹⁴⁾, circa la compatibilità del sistema arbitrale con la tutela di classe dubita della possibilità di deferire ad arbitri la controversia nelle forme dell'azione di classe di cui all'articolo 140-*bis* del Codice del consumo ritenendo tale modello sostanzialmente incompatibile con il processo arbitrale.

L'aspetto, rilevato come critico dai commentatori, riguarda principalmente la previsione contenuta al comma 5 della norma in esame, ovvero la notificazione dell'atto di citazione introduttivo dell'azione di classe all'ufficio del pubblico ministero, finalizzato alla sua eventuale partecipazione al giudizio limitatamente alla fase di ammissibilità.

Al riguardo, è stato autorevolmente affermato che tale previsione è sostanzialmente ostativa alla riproduzione, in ambito arbitrale, dell'azione di classe consumeristica; tuttavia, la previsione di una partecipazione del pubblico ministero circoscritta alla sola fase di filtro di ammissibilità dell'azione, ritenuto quale “*presidio-filtro immaginato anzitutto a difesa delle imprese, quale argine alle azioni di classe puramente provocatorie o pretestuose*”, consenta all'impresa medesima di liberamente po-

²⁹⁴ v. CASONI, *Recenti sviluppi sulla class action arbitration negli Stati Uniti*, Rivista dell'arbitrato, 2011, 118 ss.; *Id.*, *Le prospettive della class action arbitration alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema americana*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 537 ss.; GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in *RDC*, 2014, 987 ss.; BENATTI F., *In fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, *RDC*, 2014, 500 ss.; CORAPI, *Appunti in tema di arbitrato societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 16 ss..

ter rinunciare alla fase di filtro, inducendo a ritenere *“lecito che in Italia sia deferibile ad arbitri non esattamente l'azione di classe secondo il compiuto ed integrale paradigma dell'art. 140 bis cod. cons., ma sì un'azione di classe ed una tutela di classe rimodellate, per sottrazione della fase di ammissibilità”* ⁽²⁹⁵⁾.

Altra attenta dottrina ha invece rilevato come la previsione circa la partecipazione del pubblico ministero imponga effettivamente un adattamento della disciplina dell'articolo 140-bis del Codice del consumo all'arbitrato di classe del tutto assimilabile a quello propugnato dalla Suprema Corte americana con il caso Keating ⁽²⁹⁶⁾, concludendo per una soluzione che ammette *“la cognizione dell'arbitro anche nella fase di ammissibilità dell'azione di classe per lo meno tutte le volte in cui la notifica della citazione all'ufficio del pubblico ministero non dia luogo ad un conseguente intervento nel giudizio collettivo, e, dall'altro lato, la necessità (residuale, ma ineludibile) di rimettere al giudice ordinario il compimento del vaglio di ammissibilità nei casi in cui l'ufficio del pubblico ministero si sia attivato per intervenire nel giudizio pendente”* ⁽²⁹⁷⁾.

La questione relativa alla partecipazione del pubblico ministero alla fase di filtro di ammissibilità dell'azione di classe potrebbe, oggi, dirsi superata dalla recente introduzione della normativa processualistica sull'azione di classe che omette di reiterare la previsione del comma 5 dell'articolo 140-bis del Codice del consumo.

A ben vedere, tuttavia, l'omessa riproposizione non esclude la partecipazione del pubblico ministero, il quale rimane legittimato all'intervento secondo le regole generali di cui all'articolo 70, comma 3 del Codice di procedura civile. Tale semplicistica considerazione, a mio avviso, è idonea a ridimensionare notevolmente la funzione che la normativa consumeristica attribuisce al pubblico ministero ovvero, sostanzialmente,

²⁹⁵ BRIGUGLIO A., *Class Arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini*, in Rivista dell'arbitrato, 2 2015, 227 ss..

²⁹⁶ V. Cap. II, § 2.1.

²⁹⁷ GABOARDI M., *Arbitrato e azione di classe*, in Riv. dir. proc., 2014, 987 ss..

delegandogli, nell'ambito dell'azione di classe, l'esercizio delle medesime facoltà che il medesimo potrebbe esercitare nell'ambito di qualsiasi procedimento ordinario. Va sottolineato, infatti, che la partecipazione del pubblico ministero non è necessaria ai fini della decisione dell'ammissibilità dell'azione di classe, ma meramente eventuale così come in ogni altro procedimento ordinario in cui sia ravvisabile “*un pubblico interesse*” e l'azione di classe consumeristica altro non fa che imporre una presunzione di sussistenza di un “*pubblico interesse*” tale da giustificare la notificazione dell'atto introduttivo all'ufficio del pubblico ministero. Ciò, tuttavia, non legittima, a mio avviso, la non arbitrabilità dell'azione di classe secondo il modello dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo, esattamente allo stesso modo in cui non preclude l'arbitrabilità di qualsiasi altra controversia in cui sarebbe possibile scorgere un “interesse pubblico” meritevole di attenzione processuale da parte del pubblico ministero ⁽²⁹⁸⁾.

Fatte tali premesse, ad ogni buon conto, ritengo che la problematica relativa alla compatibilità della tutela collettiva con l'arbitrato non debba essere riguardata sotto il profilo dell'adattabilità della norma che introduce l'azione di classe al procedimento arbitrale e, quindi, se sia adottabile l'articolo 140-*bis* del Codice del consumo ovvero gli articoli 840-*bis* e seguenti del Codice di procedura civile al fine di introdurre un giudizio arbitrale di classe.

Come osservato nei capitoli precedenti, infatti, l'esame comparativo dell'esegesi della *class action* e dell'azione di classe porta a concludere che le discipline interne che regolano l'azione di classe non introducono nell'ordinamento italiano istituti sostanziali o processuali precedentemente assenti, bensì esclusivamente norme processuali, mere procedure che consentono rispettivamente l'*aggregazione* delle pretese individuali

²⁹⁸ Non sembra, poi, a mio avviso, incompatibile con la funzione pubblica rivestita la partecipazione del pubblico ministero al giudizio arbitrale, considerato, tra l'altro, che tale partecipazione, in ambito civile, si esaurisce normalmente con il mero deposito di una nota con cui viene espresso il parere (favorevole/negativo) all'ammissibilità dell'azione di classe.

omogenee (per quanto riguarda la disciplina di classe consumistica) ed il *concorso* delle pretese individuali omogenee (per quanto riguarda la disciplina di classe processualistica) attraverso l'uso di istituti sostanziali (*i.e.* la rappresentanza processuale di cui agli articoli 75 e seguenti del Codice di procedura civile) già presenti ed in uso nel nostro ordinamento ⁽²⁹⁹⁾. Diversamente rispetto a quanto accade in America, infatti, l'azione di classe interna non è un'azione rappresentativa della classe che rimane estranea al processo, ancorché vincolata dalla sua decisione, sicché le normative introduttive dei riti di classe non costituiscono in alcuna misura fonte giustificativa né dei poteri del proponente l'azione di classe di agire nell'interesse altrui né di vincolatività in capo a terzi della decisione resa *inter alios*.

Facendo applicazione di tali conclusioni alla questione qui in esame, si deve, a mio avviso, affermare che l'arbitrabilità della tutela collettiva non dipende dalla possibilità di sussumere o di incorporare nel procedimento arbitrale le norme introduttive in Italia dell'azione di classe che, rivestendo solo carattere processuale, non apportano strumenti di *aggregazione* o di *concorso* ulteriori o diversi rispetto a quelli già disponibili nell'ordinamento e liberamente adottabili in un procedimento arbitrale; d'altro canto, della piena compatibilità dell'istituto della rappresentanza processuale con l'arbitrato non è neppure oggetto di discussione ⁽³⁰⁰⁾.

L'arbitrabilità della controversia nelle forme dell'azione di classe, dunque, dipenderà – più semplicisticamente – dalla capacità delle parti di dotarsi di (anche tramite rinvio a) un regolamento d'arbitrato che preveda tempi, termini e procedure idonee a consentire o l'aggregazione o il concorso dei soggetti por-

²⁹⁹ v. Cap. III, § 4.

³⁰⁰ BRIGUGLIO A., op. cit., 2015, 224: “non può essere rifiutata dalle parti della convenzione arbitrale ove quest'ultima deferisca ab origine agli arbitri una lite aperta alla “adesione”, ma non alla “partecipazione” al giudizio, di terzi ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 140 bis, e neppure dagli arbitri che sulla base di quella comunicazione abbiano accettato l'incarico - Non si avrebbe insomma l'esigenza di accettazione di una vera e propria volontà compromissoria *ex post* manifestata dal terzo con effetti modificativi della partecipazione al giudizio arbitrale, come accade ai sensi dell'art. 816 quinquies, c. I, c.p.c.”.

tatori di diritti individuali omogenei a quelli del proponente l'arbitrato di classe e che siano anch'essi vincolati nei confronti dell'impresa convenuta dalla clausola compromissoria *standard* inserita nel contratto di consumo.

Il regolamento d'arbitrato "di classe", potrà essere adottato dalle parti in sede di stipulazione della clausola compromissoria ovvero anche dagli arbitri nell'ambito della prima udienza arbitrale rinviando, come di costume accade, alla legge sostanziale e processuale italiana che, entrambe, incorporano al loro interno l'azione di classe rispettivamente consumeristica e processualistica.

L'arbitrato di classe sarà esperibile anche laddove, nell'ambito della clausola compromissoria, le parti decidano di deferire le controversie tra loro insorte a camere arbitrali che abbiano adottato un regolamento d'arbitrato che incorpori le regole per l'arbitrato di classe: regolamenti cui le parti potrebbero fare rinvio – incorporando così la tutela collettiva – anche ove non intendessero affidare la funzione arbitrale alla Camera arbitrale emittente.

Da ultimo, sarebbe a mio avviso sufficiente un limitatissimo intervento normativo nella regolamentazione dell'arbitrato di cui al libro IV, titolo VIII del Codice di procedura civile che ammetta l'esperibilità dell'arbitrato nelle forme dell'azione di classe disciplinata dalla legge (in quanto compatibile) per avere la possibilità di un ricorso generalizzato ed indiscriminato alla tutela arbitrale di classe. Come già discusso anche in precedenza, infatti, la previsione dell'intervento del pubblico ministero prevista dalla disciplina consumeristica e la presenza di una fase di filtro di ammissibilità in entrambe le normative non sembrano suggerire ostacoli all'arbitrabilità dell'azione di classe, considerato, in particolare, che nell'ordinamento italiano la fase di filtro di ammissibilità non sembra assolvere, in alcuna misura, ad inderogabili o intangibili interessi pubblici ⁽³⁰¹⁾.

L'adozione pattizia (in via diretta o tramite rinvio) o legale di un regolamento arbitrale che preveda l'arbitrato di classe supera, infine, il problema affrontato dalle corti americane circa la

³⁰¹ v. Cap. III, §§ 2.3 e 3.2.

silent clause on class arbitration che, per decisione della Suprema Corte, esclude la possibilità di adire l'arbitrato in forma collettiva ⁽³⁰²⁾. L'eventuale adozione o incorporazione a cura delle parti di un regolamento contenete l'arbitrato di classe, infatti, determina che la clausola arbitrale attui a tutti gli effetti, espressamente o implicitamente, un rinvio a tale forma di tutela.

3.3 *Deroga all'azione di classe e validità della clausola compromissoria*

A conclusione del paragrafo precedente si è sostenuta la piena arbitrabilità della tutela collettiva, sicché, anche sotto tale profilo, l'inserimento della clausola compromissoria nel contratto di consumo non sembrerebbe comportare alcuna compressione dei diritti e delle azioni in capo al consumatore, escludendo l'indagine su eventuali profili di vessatorietà ulteriori.

Ammettendo, tuttavia, un risultato interpretativo opposto circa la possibilità di esperire l'arbitrato di classe, non mi pare vi siano ragioni sufficienti a far decadere per nullità la clausola compromissoria in quanto vessatoria ai sensi dell'articolo 33, comma 2, lettera b) del Codice del consumo, vieppiù ai sensi dell'articolo 36, comma 2 lettera b) del Codice del consumo.

A ben vedere, infatti, l'eventuale impossibilità di adire una tutela di classe arbitrale o giurisdizionale non comporta una effettiva perdita o limitazione delle *“azioni o [de]i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”*.

Le distinte tipologie di azione di classe previste dall'ordinamento interno, infatti, data la loro natura esclusivamente processuale, costituiscono solo una modalità di esercizio dell'azione alternativa rispetto all'azione restitutoria/risarcitoria individuale ordinaria ⁽³⁰³⁾, sicché l'impossibilità di accedere a

³⁰² v. Cap. II, § 2.5.

³⁰³ v. Cap. III, § 4.

tale forma di tutela non determina per il consumatore una rinuncia all'azione nei confronti dell'impresa.

Tali conclusioni sembrano trovare avallo anche da parte della giurisprudenza della Sezioni Unite Suprema Corte che, nel comporre il contrasto insorto fra le Sezioni Semplici in merito alla ricorribilità straordinaria contro l'ordinanza che pronuncia in merito all'ammissibilità dell'azione di classe, ha chiarito come la tutela collettiva costituisca una semplice modalità di esercizio alternativo del diritto d'azione e che la preclusione al suo esercizio non comporta alcuna lesione di diritti soggettivi rilevante ai fini della concessione della tutela giurisdizionale, rimanendo esperibile l'azione ordinaria ⁽³⁰⁴⁾.

³⁰⁴ Cassazione civile sez. un., 01/02/2017, n. 2610, *Ilprocessocivile.it* 6 marzo 2017 con nota di SCARPA A.: *“Dalla richiamata disciplina legislativa, e segnatamente dal comma 1 dell'art. 140-bis (“i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe”) emerge chiaramente che tale azione, ove sia proposta - come nella specie unicamente a fini risarcitori e non a tutela di interessi collettivi, non costituisce altro che uno strumento apprestato al legislatore per far valere la domanda risarcitoria: costituisce, cioè, un mezzo processuale di tutela che, per quanto si dirà, si aggiunge a quello ordinario spettante al singolo interessato per ottenere il bene della vita consistente nel risarcimento di un danno che egli assume di avere subito per effetto della condotta posta in essere dal soggetto danneggiante.*

Indubbiamente, la possibilità di far valere in via collettiva una pretesa risarcitoria può concorrere ad attribuire alla pretesa stessa una efficacia maggiormente incisiva nei confronti del danneggiante: ciò tuttavia non comporta che, nel caso in cui vengano fatte valere unicamente posizioni individuali e non venga quindi azionato un interesse collettivo, il bene della vita cui mira la domanda sia diverso dal ristoro del pregiudizio subito dal singolo appartenente alla classe e sia, quindi, un bene che può senz'altro essere tutelato anche attraverso la proposizione di un'azione individuale avente la medesima finalità. In altri termini, la differenza soggettiva che si ha tra azione di classe e azione individuale, allorquando con la prima vengano fatte valere pretese che incidono esclusivamente sul piano risarcitorio o restitutorio, non determina un mutamento dell'oggetto della domanda, che continua ad essere la pretesa alle restituzioni o al risarcimento del danno subito da ciascuno degli appartenenti alla classe che abbiano agito con l'azione di cui all'art. 140 bis.

Ne consegue che ove si riconoscesse la natura decisoria del provvedimento che definisce in sede di reclamo il giudizio con dichiarazione di inammissibilità - senz'altro definitivo in quanto avverso lo stesso non è

In ogni caso, anche ove si ritenesse che la preclusione all'esercizio dell'azione di classe determinasse una perdita o limitazione delle “azioni o [de]i diritti del consumatore nei confronti del professionista”, la vessatorietà della clausola compromissoria andrebbe ancora vagliata sotto il duplice test dell'esistenza delle trattative e del “significativo squilibrio”; proprio nell'ambito di tale ultima valutazione, la rinuncia alla

previsto alcun rimedio impugnatorio verrebbe meno la possibilità stessa per il singolo attore proponente l'azione di classe di ottenere altrimenti il bene della vita oggetto della domanda giudiziale.

6.2. - Tuttavia, la ricorrenza di una simile situazione deve escludersi nel caso di specie. Se è vero, infatti, che il comma 3, dispone che l'adesione all'azione di classe “comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo”, è altresì vero che la medesima disposizione fa salvo quanto previsto dal comma 15; e tale disposizione prevede che “le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito” e che “gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo”. Il che consente senz'altro di ritenere che i diritti di chi ha aderito all'azione di classe non vengono compromessi per il caso in cui l'azione stessa sia stata dichiarata inammissibile, versandosi anche in tale caso in una ipotesi di chiusura anticipata del processo, che, anzi, non ha mai avuto accesso alla trattazione della domanda nel merito.

D'altra parte, nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite si è affermato che “quando il provvedimento impugnato sia privo dei caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale, il ricorso straordinario per cassazione di cui all'art. 111 Cost., comma 7, non è ammissibile neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali espressione del diritto di azione, ed in particolare del diritto al riesame da parte di un giudice diverso, in quanto la pronunzia sull'osservanza delle norme che regolano il processo, disciplinando i presupposti, i modi e i tempi con i quali la domanda può essere portata all'esame del giudice, ha necessariamente la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato e, pertanto, non può avere autonoma valenza di provvedimento decisorio e definitivo, se di tali caratteri quell'atto sia privo, stante la natura strumentale della problematica processuale e la sua idoneità a costituire oggetto di dibattito soltanto nella sede, e nei limiti, in cui sia aperta o possa essere riaperta la discussione sul merito” (Cass., S.U., n. 11026 del 2003).

La definitività sulle modalità di svolgimento dell'azione in giudizio (cioè su un c.d. diritto processuale), ma non sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio, è, dunque, inidonea a giustificare il ricorso straordinario”.

tutela collettiva potrebbe anche risultare controbilanciata dalla possibilità di ricorrere ad uno strumento alternativo di risoluzione della controversia quale l'arbitrato, in particolare ove quello individuato nell'ambito della clausola compromissoria abbia caratteri di speditezza ed economicità per il consumatore.

Analoghe considerazioni possono essere svolte per il caso in cui la clausola compromissoria fosse accompagnata da una *wai-ver* del consumatore ad agire mediante tutela di classe, non potendosi affermare in termini assoluti, a mio avviso, la vessatorietà della clausola compromissoria accompagnata dalla *class action waiver clause* se non all'esito di una valutazione di merito volta all'accertamento dell'esistenza di un “*significativo squilibrio*” in danno del consumatore su cui torneremo anche al paragrafo successivo.

4. La rinuncia all'azione di classe

4.1 La protezione del consumatore

Affrontato l'esame circa la validità della *arbitration clause* inserita nel contratto di consumo ed i suoi ipotetici effetti sulla possibilità di agire mediante tutela di classe, non resta che da interrogarsi – similmente a quanto fatto dalle corti americane ⁽³⁰⁵⁾ – sulla legittimità di una rinuncia mera del consumatore, contenuta nel contratto di consumo, a far valere i propri diritti mediante introduzione di (o adesione a) una azione di classe.

L'indagine circa la vessatorietà della *waiver clause* dovrà, dunque, essere affrontata in relazione alle disposizioni di cui agli articoli 33, comma 2, lettera b) e 36, comma 2 lettera b) del Codice del consumo, già sopra affrontati in merito alla questione della *arbitration clause* e di cui, anche in questa sede, si possono richiamare le considerazioni di carattere generale circa il fatto che la preclusione alla possibilità di agire mediante lo strumento alternativo della tutela collettiva rispetto all'azione

³⁰⁵ v. Cap. II, § 3.

ordinaria non determina la perdita o la compressione del diritto d'azione o di altri diritti soggettivi.

Differentemente rispetto al caso trattato, tuttavia, è da rilevare che la *waiver clause* opera una rinuncia mera da parte del consumatore, non compensata neppure dal conferimento al medesimo di uno strumento alternativo di risoluzione della controversia quale la possibilità di ricorrere all'arbitrato mediante l'inserimento della clausola compromissoria. In altre parole, rispetto al caso della clausola compromissoria, il consumatore si vede privato – puramente e semplicemente – di uno strumento d'azione nei confronti dell'impresa non compensato da alcuna paritetica rinuncia da parte di quest'ultima.

Tale considerazione è idonea ad incidere sicuramente nell'ambito della valutazione circa l'esistenza dello squilibrio contrattuale richiamato dall'articolo 33, comma 1 del Codice del consumo. Se tale squilibrio sia, poi, significativo ritengo non si possa affermare in termini assoluti, rivelandosi la rinuncia del consumatore tanto più significativa nel bilanciamento degli interessi contrattuali quanto più la tutela collettiva risulti efficiente e di uso comune nella prassi giudiziaria italiana.

Come è stato molto acutamente osservato, infatti, la mera introduzione in Italia di una normativa sull'azione di classe non è “*sufficiente, di per sé, a creare un sistema di tutela giurisdizionale collettiva ... Ed è forse questa «immaturità» della nostra disciplina che ha contribuito anche alla ritrosia diffusa verso un modello processuale particolarmente innovativo, lontano dai principi e dalle logiche di una tradizione giuridica fortemente radicata, che ha interpretato l'«azione di classe» come l'inserimento di uno strumento processuale certamente utile – fors'anche indispensabile – in un ordinamento moderno, ma inevitabilmente avulso dai caratteri tradizionali del nostro processo civile*”⁽³⁰⁶⁾.

Considerati i modestissimi risultati raggiunti dall'azione di classe consumeristica fino ad oggi, infatti, mi pare si possa affermare, *rebus sic stantibus*, che l'eventuale rinuncia del consumatore ad esercitare il proprio diritto tramite tutela collettiva

³⁰⁶ GABOARDI, op. cit., 28.

non potrebbe incidere in misura significativa sull'equilibrio contrattuale. Al contempo, laddove la nuova normativa o una nuova cultura giuridica e giudiziaria riuscissero ad imporre tale forma d'azione quale imprescindibile strumento giudiziario di tutela del consumatore – similmente a quanto accade nel sistema americano – anche la valutazione circa lo squilibrio contrattuale muterebbe radicalmente, imponendo la dichiarazione di vessatorietà della *class action waiver clause* ai sensi dell'articolo 33, comma 1 del Codice di consumo.

4.2 *La normativa generale*

Un residuale, limitatissimo, accenno è dovuto, per dovere di completezza, con riferimento alla validità della *class action waiver clause* nel caso in cui il sottoscrittore del contratto di acquisto di beni e servizi di consumo non sia inquadrabile come consumatore ai sensi dell'articolo 3 del Codice settoriale.

Come osservato precedentemente, infatti, la nuova normativa processualistica di cui agli articoli 840-*bis* e seguenti del Codice di procedura non opera alcuna discriminazione qualitativa rispetto ai soggetti titolati a promuovere l'azione di classe, con conseguente legittimazione all'accesso alla tutela collettiva anche del professionista.

La qualificazione soggettiva di professionista, tuttavia, incide relativamente al regime di protezione accordato in sede di acquisto, non potendo quest'ultimo invocare le tutele previste dal Codice del consumo in materia di clausole vessatorie.

In tali ipotesi, pertanto, la legittimità della *class action waiver clause* potrà essere indagata esclusivamente con riferimento alla disciplina di cui agli articoli 1341 e 1342 del Codice civile, non potendosi qualificare la rinuncia all'azione di classe come una clausola di esonero della responsabilità invalida ai sensi dell'articolo 1229 del Codice civile. Come ampiamente detto nei paragrafi precedenti, infatti, la preclusione all'azione collettiva non comporta alcuna deroga o preclusione alla promozione dell'azione risarcitoria nei confronti dell'impresa.